UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DES RÈGLES SPÉCIALES
A L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES
DISPENSÉES D'INSCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Vendredi 11 Juin 1909, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

Henri HALBOUT

CAEN
IMPRIMERIE CHARLES VALIN
13, rue Ecuyère, 13
—
1909

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DES RÈGLES SPÉCIALES
A L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES
DISPENSÉES D'INSCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Vendredi 11 Juin 1909, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

Henri HALBOUT

CAEN
IMPRIMERIE CHARLES VALIN
13, rue Ecuyère, 13
—
1909

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1908-1909

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✻, I. ✆), membre de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ✆), professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✻, I. ✆), professeur d'*Economie politique*.

GUILLOUARD (✻, I. ✆, C. ✠, G. O. ✠, C. I. C. ✠, O. ✠, L. ✠), professeur de *Droit civil*, correspondant de l'Institut.

LEBRET (I. ✆), (ancien Ministre de la Justice), professeur de *Droit civil*, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

CABOUAT (I. ✆), professeur de *Droit international public* et *privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

BIVILLE (I. ✆), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Eléments de Droit civil*.

DEBRAY (A. ✆), assesseur du Doyen, professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

MM. Le Fur (A. ✱), professeur de *Droit administratif*.

Astoul (A. ✱), professeur de *Droit romain*, chargé des cours de *Pandectes* et d'*Histoire du Droit public français*.

Degois (A. ✱), professeur de *Droit criminel*, chargé du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

Génestal (A. ✱), professeur d'*Histoire du Droit français*, chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.

Allix (A. ✱), professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*, chargé du cours de *Législation financière*.

Nézard (A. ✱), agrégé, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé*, de *Droit public* et de *Droit administratif*.

Gombeaux, agrégé, chargé des cours de *Droit civil* (Licence) et d'*Eléments de Droit civil* (Capacité).

Rougier, docteur en droit, chargé des cours d'*Eléments de Droit constitutionnel* (Licence) et d'*Eléments de Droit public et administratif* (Capacité).

SECRÉTAIRE :

M. Gallou (I. ✱), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON ONCLE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542714_0014

JURY D'EXAMEN

MM. DEBRAY, *professeur*, PRÉSIDENT.

GUILLOUARD, *professeur*.

LEBRET, *professeur*.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil*, 5e édition, tome III, 1900.

André. — *Traité pratique du régime hypothécaire*, 2e édition, 1898.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — *Traité théorique et pratique du droit civil. Privilèges et hypothèques.* 3 vol., 2e édition, 1899.

Dalmbert. — *Traité de la purge* , 2e édition, 1891.

Guillouard. — *Des privilèges et hypothèques*, 1896-1899.

Martou. — *Des privilèges et hypothèques*, 1863.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3e édition, 1905.

Bertauld. — *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée*, 2e édition, 1864.

Wable. — *Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur*. Lille, 1892.

Merignhac. — *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, 2e édition, 1903.

Mourlon. — *De la transcription*, 1862.

OZANNE. — *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme.* (Thèse, Caen, 1900.)

PINEAU. — *Des différents modes d'extinction de l'hypothèque légale de la femme mariée.* (Thèse, Caen, 1898).

CORDIER. — *De la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.* (Thèse, Paris, 1885.)

BOUVARD. — *De la subrogation et de la renonciation à l'hypothèque de la femme mariée.* (Thèse, Lyon, 1892.)

LE SACHE. — *De la renonciation de la femme à son hypothèque légale.* (Thèse, Paris, 1890.)

MARTIN. — *De la renonciation de la femme à son hypothèque légale.* (Thèse, Paris, 1896.)

INTRODUCTION

Pour assurer aux incapables une protection aussi efficace que possible, le Code civil leur a octroyé une hypothèque sur les immeubles de la personne chargée de pourvoir à la gestion de leur patrimoine ou, tout au moins, de les assister dans l'accomplissement de certains actes juridiques. Telle est l'hypothèque du mineur et de l'interdit sur les immeubles de leur tuteur, et de la femme mariée sur les immeubles de son mari. Cette hypothèque assurera aux incapables le remboursement des créances qu'ils pourront avoir, contre le tuteur à raison de la tutelle, ou contre le mari à raison du mariage, lors de la cessation de leur incapacité.

Ces hypothèques, par suite des motifs particuliers qui ont porté le législateur à les établir, présentent certains caractères spéciaux, dont l'un des plus importants est qu'elles constituent des hypothèques générales grevant tous les immeubles du tuteur ou du mari, et garantissent toutes les créances nées à l'occasion de la tutelle

ou du mariage. Le législateur a décidé que ces hypothèques seraient générales, précisément parce qu'elles reposent sur une idée de protection. Si l'incapable est déjà sacrifié quand il se trouve que le mari ou le tuteur n'a point, dans son patrimoine, d'immeubles sur lesquels l'hypothèque puisse porter, il convenait, tout au moins, dans le cas où le tuteur ou le mari a des immeubles, qu'il n'y en eût aucun à échapper à l'hypothèque légale, afin que cette hypothèque fût aussi efficace que possible. Et, d'autre part, en ce qui concerne les créances garanties, il n'y avait aucune raison de distinguer entre les titres très divers qui peuvent rendre la femme, le mineur ou l'interdit, créanciers du mari ou du tuteur. Quels que soient ces titres, ils ont toujours le droit d'être protégés. On comprend ainsi que l'hypothèque légale grève indifféremment tous les immeubles du mari ou du tuteur, et serve de sûreté pour toutes les créances.

En même temps que l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit est une hypothèque générale, elle est une hypothèque occulte. C'est là un fait exceptionnel dans la législation du Code civil, qui a conservé le régime de publicité établi par les lois de la période révolutionnaire. Le motif de cette exception a été donné à mainte reprise. Indiquons-le,

sans toutefois, pour le moment, en examiner la valeur. On a fait remarquer que, le plus souvent, l'incapable eût été dans l'impossibilité d'inscrire son hypothèque, soit pour la femme mariée, à raison de son état de subordination, soit, pour le mineur ou l'interdit, à raison même de leur incapacité de fait. Donc, astreindre l'incapable à publier son hypothèque, c'eût été, en fait, lui en enlever le bénéfice, parce qu'il ne l'eût jamais inscrite. Aussi a-t-on jugé préférable de décider que l'hypothèque légale vaudrait indépendamment de toute mesure de publicité. Mais le motif même de cette exception devait conduire à lui apporter des limites. Quand le mariage ou la tutelle prend fin, la raison d'être de la dispense d'inscription disparaît également. Aussi la loi du 23 mars 1855 a-t-elle décidé que l'hypothèque légale devrait être inscrite dans le délai d'un an, à compter de la cessation de l'incapacité. A partir de l'expiration de ce délai, l'hypothèque légale cesse donc d'être une hypothèque occulte.

On comprend aisément qu'une hypothèque qui, par ses caractères généraux, sort à ce point du droit commun, soit soumise à des règles spéciales au point de vue de son extinction. En ce qui concerne les hypothèques ordinaires, les rédacteurs du Code civil ont reconnu qu'elles

pouvaient s'évanouir par certaines causes déterminées. Ils ont même écrit à ce sujet le chapitre spécial de l'extinction des privilèges et hypothèques. Or, sans doute, un assez grand nombre de causes d'extinction des hypothèques ordinaires s'appliquent aux hypothèques légales dispensées d'inscription, sans que l'on puisse rien remarquer de particulier dans cette application. Il suffit alors de transporter dans le domaine de l'hypothèque légale les règles pures et simples qui régissent les hypothèques ordinaires. C'est ainsi, par exemple, que l'hypothèque légale, dispensée d'inscription, s'éteint par la perte de la chose, par le paiement de la créance, par la résolution du droit de propriété du mari ou du tuteur, par la prescription, dans les mêmes conditions et de la même façon que les hypothèques ordinaires. Quand l'hypothèque légale, dispensée d'inscription, disparaît par l'un de ces modes, il n'y a rien qui soit de nature à attirer l'attention. Aussi, n'est-il jamais entré dans notre intention de nous en préoccuper. Mais il est d'autres modes d'extinction des hypothèques ordinaires qui ont été soumis, par le Code civil ou les lois postérieures, à des règles toutes particulières dans leur application à l'hypothèque légale dispensée d'inscription, à raison de la nature même de cette hypothèque. Ces

règles ont été inspirées, tantôt par la nécessité de protéger l'incapable, comme par exemple, en cas de renonciation à l'hypothèque légale de la femme mariée, tantôt par l'impossibilité d'appliquer le droit commun par suite du caractère occulte de l'hypothèque, comme par exemple, en cas de purge. Ces modes d'extinction, qui se spécialisent en quelque sorte en s'appliquant à l'hypothèque légale, feront partie de notre étude. Enfin, il est d'autres modes qui sont propres à cette hypothèque. Par là même qu'elle est occulte, elle met en péril le crédit du tuteur ou du mari. Pour remédier à ce danger, on lui a permis d'en demander la réduction au cours du mariage ou de la tutelle. D'autre part, il était nécessaire de protéger les tiers contre les surprises qu'elle peut réserver. De là cette règle du Code de commerce qui donne aux créanciers du failli le droit d'exiger que l'hypothèque de la femme mariée soit restreinte. Ce sont les règles relatives à ces causes d'extinction qui n'existent que pour les hypothèques légales dispensées d'inscription, que nous avons groupées, avec les causes d'extinction de droit commun qui ne s'appliquent à elles qu'avec des règles particulières, sous la dénomination de règles spéciales à l'extinction des hypothèques dispensées d'inscription.

Le sujet de notre étude étant ainsi précisé, il apparaît clairement que l'examen de la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée par contrat de mariage, ou de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit lors de la nomination du tuteur, ne saurait y rentrer. Aux termes de l'art. 2140 du Code civil, les parties majeures peuvent stipuler, dans le contrat de mariage, qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les autres devant demeurer libres de l'hypothèque. Les parties pourraient aussi convenir que l'inscription ne sera prise que pour la garantie de certaines créances de la femme. La même faculté de restreindre l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, à l'ouverture de la tutelle, est accordée au tuteur. Les formalités prescrites par la loi dans ces derniers cas n'ont pas, en réalité, pour effet d'éteindre l'hypothèque légale. Il paraît plus exact de dire qu'elles l'empêchent de naître dans la mesure par elle déterminée. Ce serait donc sortir du sujet qu'étudier de pareilles formalités.

De même, il ne saurait être question d'examiner la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Cette convention n'a pas, en effet, pour résultat d'éteindre l'hypothèque. Le tiers qui a été subrogé pourra l'exercer au lieu

et place de la femme. Il n'y a donc pas eu convention extinctive de l'hypothèque, mais convention translative, ce qui est très différent. Le sujet de cette étude, étant l'extinction des hypothèques dispensées d'inscription, ne peut comporter l'examen de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, qui n'a d'autre effet que d'en changer le bénéficiaire.

Au cours de cette étude, ainsi nettement délimitée, il est certaines questions très délicates que nous aurons à résoudre. Quel est le principe qui pourra nous servir de guide dans la recherche des solutions ? Autrement dit, pour poser la question sous une forme plus précise, devrons-nous, d'une manière générale, nous montrer favorable à l'extinction de l'hypothèque légale, ou, au contraire, nous montrer défavorable ?

Depuis longtemps, on a signalé les inconvénients très graves qui résultent, au point de vue économique, de la clandestinité de l'hypothèque légale. C'est un fait incontestable que, depuis la période révolutionnaire, on a toujours tendu vers une publicité de plus en plus large des droits réels qui grèvent la propriété immobilière, ou des transmissions dont elle est l'objet. Déjà, le Code civil conserve la transcription des donations, dont le droit romain lui-même et, plus tard, l'ancien droit exigeaient, sous une certaine

forme, la publicité. L'inscription des hypothèques, qui avait été établie par la loi de messidor an III, est également maintenue. Après la promulgation du Code, le mouvement des affaires augmente, et, de plus en plus, le besoin de sécurité dans les transactions se fait sentir. Le Code civil avait, par une lacune considérable, négligé d'organiser la publicité des aliénations à titre onéreux. Le Code de procédure civile contraint les acquéreurs à faire transcrire leurs titres, en permettant aux créanciers hypothécaires de s'inscrire pendant un délai de quinzaine à partir de cette transcription. Mais cette coercition indirecte est insuffisante. Des réclamations s'élèvent. La loi du 23 mars 1855 complète le système de publicité ébauché par le Code civil. Et, malgré toutes ces mesures, il est encore des droits réels qui demeurent secrets et occultes : ce sont les droits hypothécaires que les femmes mariées, en même temps que les mineurs et interdits, tiennent de la loi. Que de dangers créés par une pareille situation ! Les tiers craignent de prêter, car ils peuvent ignorer que le propriétaire d'immeubles qui désire faire l'emprunt est un homme dont les biens sont grevés d'une hypothèque légale. Ils ne peuvent surtout savoir, le cas échéant, le montant des droits de l'incapable. C'en est donc fait du crédit public. Les tiers

craignent aussi d'acheter. Sans doute, l'état des inscriptions qu'ils ont levé est négatif, ou ne porte des inscriptions que pour un chiffre inférieur au prix d'achat. Mais, de deux choses l'une : ou ils paieront les créanciers hypothécaires, et alors ils courront le risque qu'un jour un incapable exerce contre eux son hypothèque occulte ; ou bien ils procéderont à la purge (et encore n'auront-ils point cette ressource, s'il s'agit de droits de servitude ou d'usage), et alors il y aura des frais considérables et aussi des lenteurs qui, sans le danger de l'hypothèque légale, n'auraient pas lieu. L'une ou l'autre de ces perspectives est également gênante. Il est donc permis d'en conclure que l'hypothèque légale occulte est une gêne pour la circulation des biens. Ainsi, par le fait de cette hypothèque, il y a un péril latent qui trouble les transactions. L'homme, même non marié ou non chargé de tutelle, est tenu en légitime suspicion. Les capitaux sont détournés des placements immobiliers. Le jeu naturel des intérêts, qui porte l'immeuble aux mains de l'individu le plus capable de le mettre en valeur, se trouve ralenti. C'est le régime de la défiance, parce que c'est le régime qui réserve aux tiers les plus désagréables surprises.

Et c'est ainsi que s'est posée une question infiniment délicate, qui a donné lieu, au cours

du XIX[e] siècle, aux plus vives discussions. Comment concilier, en fin de compte, la protection due à l'incapable avec l'intérêt des tiers ? D'une part, ainsi que nous l'avons constaté, l'incapable doit être protégé, et l'hypothèque légale paraît un moyen très sûr de réaliser cette protection. D'autre part, cette hypothèque détruit la sécurité des affaires,et cause aux tiers les inquiétudes les plus justifiées. Lequel de ces points de vue est préférable à l'autre ? Question importante au point de vue de notre sujet, car, s'il apparaît que l'intérêt des tiers est supérieur à tout autre, il convient d'interpréter largement les règles d'extinction de l'hypothèque légale de l'incapable.

L'avenir paraît être dans une solution mixte, qui, tout en maintenant l'hypothèque légale de l'incapable, rendrait nécessaire l'inscription pour qu'elle pût être opposée aux tiers. Les dangers de cette hypothèque ont leur source dans son cãractère occulte. C'est l'incertitude où elle met les tiers qui est la cause de leurs réclamations contre sa clandestinité. Le jour où elle aura été rendue publique par une inscription qui en fera connaître une sorte de montant maximum, déterminé au besoin par le notaire lors de la rédaction du contrat de mariage, ou le conseil de famille à l'ouverture de la tutelle,

ils pourront traiter en connaissance de cause. Cette réforme suppose, bien entendu, la spécialisation de cette hypothèque légale. Elle pourra toujours porter sur plusieurs immeubles et garantir plusieurs créances; mais il faudra que l'on indique, dans l'inscription, sur quels immeubles elle porte et le chiffre maximum qu'elle garantit. Quand cette réforme aura été réalisée, l'incapable sera protégé et les tiers seront néanmoins en sécurité.

On fait cependant une objection : si l'incapable est tenu de s'inscrire, autant considérer qu'il n'a plus d'hypothèque; car c'est là une formalité qu'il ne remplira jamais. Les divers projets de réforme qui ont été préparés ont déjà répondu à cette objection. La plupart multiplient les agents chargés de procéder à cette inscription, soit qu'ils confient ce soin au mari lui-même, ou au notaire qui rédige le contrat de mariage, ou au tuteur, ou au procureur de la République, et ils édictent des sanctions rigoureuses.

Parmi ces projets, il convient de signaler celui auquel s'est ralliée la commission extraparlementaire du cadastre, dans sa séance du 9 juillet 1891 [1]; elle adopta trois propositions

1. Procès-verbaux de la Commission extraparlementaire du cadastre, t. Ier, p. 273.

ayant pour objet d'établir la spécialité et la publicité des hypothèques des incapables et l'adoption de mesures pour la sauvegarde de ces incapables quant à la formalité de l'inscription. Dans sa séance du 16 juillet 1891 [1], précisant ces mesures, elle adoptait la résolution suivante : « L'inscription des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sera prise à la diligence des officiers publics, notaires, greffiers de justice de paix, greffiers du tribunal civil, en vertu des contrats, délibérations de conseil de famille ou de justice qui auront spécialisé l'hypothèque. »

Voici un autre système indiqué par M. Planiol comme susceptible de s'appliquer au mineur et à l'interdit, ainsi qu'à la femme mariée : « Les tiers qui traitent avec le mari ou avec le tuteur auraient le moyen de faire disparaître cette hypothèque par une sorte de sommation individuelle ou collective faite aux incapables ou à leurs représentants d'avoir à s'inscrire dans un délai déterminé, faute de quoi leur hypothèque cesserait d'être opposable à ceux qui les auraient ainsi mis en demeure de se faire connaître [2]. »

1. Procès-verbaux de la Commission extraparlementaire du cadastre, t. Ier, p. 291.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 938, note.

Si une pareille réforme est jamais réalisée, notre étude des causes spéciales à l'extinction des hypothèques dispensées d'inscription n'aura plus d'objet. Les tiers cesseront, en effet, d'exiger la renonciation de la femme à son hypothèque légale, le jour où ils en connaîtront l'étendue. On pourra donc, en ce qui concerne cette renonciation, revenir au droit commun. Il n'y aura pas davantage besoin de règles spéciales pour la purge, puisque l'hypothèque aura cessé d'être occulte. Le mari ou le tuteur n'aura plus le désir de sauvegarder son crédit, au cours du mariage ou de la tutelle, par une réduction de l'hypothèque puisque cette hypothèque ne sera pas, pour lui, plus gênante qu'une hypothèque ordinaire. De même, enfin, dans la faillite, les créanciers du mari n'auront pas plus à craindre les fraudes entre le mari et la femme que dans les autres contrats passés avec des tiers, et il sera inutile de leur assurer cette protection spéciale d'un texte qui leur permet de diminuer, en ce qui les concerne, l'effet de l'hypothèque légale. Ainsi donc, le jour où l'hypothèque de l'incapable sera devenue publique, comme elle aura cessé de constituer une sûreté exorbitante, il n'y aura plus pour elle de règles spéciales d'extinction.

Mais en attendant que cette réforme ait été votée par le Parlement, la question demeure

entière, et il importe de rechercher si, en présence des inconvénients considérables que présente l'hypothèque légale, il n'est pas permis d'être plutôt favorable à son extinction qu'à son maintien.

En examinant avec soin l'œuvre accomplie par les rédacteurs du Code civil, on s'aperçoit que ce point de vue si important ne leur a pas échappé. Après avoir accordé à l'incapable une hypothèque sur les biens du mari ou du tuteur ils ont eu conscience des dangers de cette concession, que des considérations supérieures du droit de la femme, du mineur ou de l'interdit, les avaient portés à leur faire, selon l'exemple du droit romain et de l'ancien droit. Et alors, au risque de leur retirer d'une main le bénéfice de cette sûreté qu'ils leur accordaient de l'autre, ils ont pris certaines mesures de nature à décharger le mari ou le tuteur. Ils ont tout d'abord permis à la femme d'abdiquer le bénéfice de la protection légale. C'est ainsi qu'après lui avoir proposé cette hypothèque, ils lui ont laissé la faculté d'y renoncer spontanément par une clause expresse de son contrat de mariage. Ils sont allés plus loin : son seul silence peut, au cours du mariage, être interprété comme une renonciation. C'est ainsi qu'il est loisible aux tiers acquéreurs des biens du mari de la mettre, par

la voie de la purge, dans l'alternative de perdre son hypothèque légale ou de la faire inscrire dans un certain délai. C'est ainsi encore qu'elle sera réputée déchue, si elle ne se présente pas à l'ordre ouvert sur le prix provenant de la vente de son gage. Ainsi donc, sous l'empire des nécessités les plus impérieuses du crédit public et de la circulation des biens, les rédacteurs du Code civil ont été forcés de reconnaître que les droits de l'incapable n'étaient pas intangibles.

Au cours du XIXe siècle, la jurisprudence a été forcée, à propos d'une question fort importante, d'admettre le même principe. Il s'agissait de savoir si la femme pouvait renoncer à son hypothèque légale au profit du tiers qui traitait avec son mari. On peut dire, sans exagérer, qu'il y allait dans ce débat de la protection même de la femme mariée. Car admettre la possibilité pour la femme de transmettre à un tiers le bénéfice de son hypothèque, c'était tolérer que, dans la plupart des cas où le mari se trouve dans une situation gênée, et où les tiers cherchent le maximum de garantie, la femme, cédant aux instances pressantes dont elle serait l'objet, se trouverait, en fait, dépouillée de son hypothèque, alors que, précisément, il apparaissait qu'elle ne pouvait manquer de lui être utile. Cependant, l'intérêt des tiers auxquels il convenait de réserver le

moyen de se mettre pour l'avenir à l'abri de surprises désagréables, et cela à peine d'entraver toutes les transactions, a été jugé préférable. La jurisprudence a permis à la femme de renoncer à son hypothèque.

Il nous paraît juste, conformément, d'une part, aux tendances des rédacteurs du Code civil et, d'autre part, à la jurisprudence que nous venons d'indiquer, tant que l'hypothèque légale de l'incapable n'aura pas été rendue publique, de considérer avec faveur tout ce qui peut tendre à son extinction. S'il importe que, dans une société bien organisée, une protection efficace soit assurée aux faibles et aux incapables, il importe avant tout que cette société puisse vivre et se développer, augmenter son bien-être et prendre tout l'essor dont elle est susceptible. Il n'y va pas seulement, à ce qu'il en soit ainsi, de l'intérêt de la société, mais aussi de l'intérêt même des individualités les moins fortement organisées, qui font en effet partie de cette société et sont appelées, à ce titre, à profiter de sa prospérité. Mieux vaut, pour la femme, si étroitement associée au mari, ne pas avoir d'hypothèque légale, et que son mari ne soit pas ruiné par la stagnation des affaires, dont l'activité tomberait à raison d'un vice latent irrémédiable. Une observation analogue

s'applique au mineur et à l'interdit, intéressés d'une manière générale à la prospérité de la société. Ces considérations nous paraissent décisives. Aussi longtemps donc qu'une réforme, appelée par les vœux de beaucoup d'hommes éminents, n'aura pas été faite pour assurer la publicité de l'hypothèque légale de l'incapable, il nous paraît du devoir de l'interprète, à raison des dangers de cette hypothèque, de résoudre, dans le doute, par l'affirmative les questions qui peuvent naître à propos de son extinction.

C'est dans cet esprit que nous examinerons les deux ordres de questions indiquées plus haut.

Dans une première partie, nous étudierons le fonctionnement des modes d'extinction qui, étant communs aux hypothèques dispensées d'inscription et aux hypothèques ordinaires, présentent certaines règles particulières dans leur application aux hypothèques dispensées d'inscription. Cette première partie aura pour titre :

Des règles spéciales se rencontrant dans l'application aux hypothèques dispensées d'inscription des causes d'extinction de droit commun.

Il conviendra d'étudier ainsi :

a) La renonciation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

b) L'extinction des hypothèques dispensées d'inscription par la transcription du jugement d'adjudication.

c) La purge des hypothèques dispensées d'inscription.

Dans la seconde partie de cette étude, nous devrons examiner les causes spéciales d'extinction des hypothèques dispensées d'inscription. Cette deuxième partie aura pour titre :

Des causes d'extinction spéciales aux hypothèques dispensées d'inscription.

Elle comprendra deux chapitres, à savoir :

a) La réduction des hypothèques dispensées d'inscription au cours du mariage ou de la tutelle.

b) La restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée en cas de faillite du mari.

PREMIÈRE PARTIE

Des règles spéciales se rencontrant dans l'application aux hypothèques dispensées d'inscription des causes d'extinction de droit commun.

CHAPITRE I

DE LA RENONCIATION DE LA FEMME MARIÉE A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

Le droit romain paraît avoir admis la faculté par la femme mariée de disposer valablement de son hypothèque légale. On trouve en effet un texte qui autorise expressément cette renonciation [1]. Le sénatus-consulte Velléien eût cependant pour effet de diminuer cette liberté laissée à la femme. Elle conserva le droit de renoncer à son hypothèque, mais il lui devint impossible de consentir une subrogation au profit d'un créancier du mari, car un pareil acte eût constitué une intercession par autrui que le sénatus-consulte Velléien avait précisément pour but d'interdire à la femme. Une nouvelle restriction fut encore introduite par une constitution de l'empereur Anastase, qui prohiba la renonciation générale, consentie par la femme, et n'autorisa plus que la renonciation par acte spécial, conclu

1. Paul, D. 20, 6, *quibus modis pignus*, 11.

avec une personne déterminée. Enfin, Justinien apporta une nouvelle limitation au pouvoir de la femme, en proscrivant la renonciation à l'hypothèque légale, en tant que cette hypothèque garantit le remboursement de la valeur des immeubles apportés en dot sans estimation.

Dans l'ancien droit, les pays de droit écrit conservèrent les prohibitions édictées par la législation romaine. Au contraire, il fut admis, dans les pays coutumiers, que la femme pourrait valablement, avec l'autorisation du mari, faire toutes conventions relatives à son hypothèque légale.

Le silence gardé par le Code civil sur la validité de ces conventions souleva de vives controverses au début du XIX[e] siècle, et il est impossible, quand on se rend compte des précautions multiples prises par le Code pour assurer à la femme l'efficacité de son hypothèque légale, de contester qu'il y eût vraiment matière à discussion. On accorde à la femme, pour sa garantie, une hypothèque qui portera sur tous les immeubles présents et à venir du mari. Pour que la femme ait pleine et entière sécurité, cette hypothèque vaudra indépendamment de toute publicité. Enfin, des mesures multiples, telles que le concours de ses proches et l'intervention

de la justice, sont prises pour qu'elle ne puisse à la légère consentir, pendant le mariage, une restriction de son hypothèque. Il serait difficile de nier que cette protection si étroite procurée à la femme, parût indiquer que, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, la femme ne pourrait, sur sa seule signature, disposer librement de son hypothèque légale.

Cependant, les conventions relatives à cette hypothèque ne tardèrent pas à se multiplier, et la jurisprudence en admit la validité. Il y avait en effet, pour cette solution, un argument décisif. La femme, avec l'autorisation du mari, est pleinement capable. Elle peut disposer de tous ses biens propres, les aliéner à titre gratuit comme à titre onéreux, et dissiper toute sa fortune personnelle. Comment, sous un pareil régime, serait-il possible d'admettre que la femme ne pût, avec l'autorisation de son mari, renoncer à son hypothèque, c'est-à-dire, en somme, à quelque chose d'accessoire qui ne constitue qu'une garantie de l'intégrité de son patrimoine, alors qu'elle peut à coup sûr disposer d'un bien qui lui appartient en propre. La jurisprudence a reculé devant une pareille inconséquence, et la possibilité pour la femme de faire, à propos de son hypothèque, tels actes que bon lui semblera, a été reconnue par les arrêts.

Cependant, les partisans de la protection de la femme ne désarmèrent pas; et, ne pouvant plus méconnaître à la femme le droit de disposer de son hypothèque légale, ils demandèrent que tout au moins la femme fût entourée, pour cet acte, des mêmes garanties que dans le cas où elle consent, au cours du mariage, une restriction de son hypothèque légale. Cette opinion parut, au début, rencontrer quelques adhésions dans la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation vint même la consacrer. [1] Mais on fit remarquer qu'autre chose était de consentir une restriction de l'hypothèque que d'y renoncer. Lors de cette dernière opération, la femme traite avec un tiers dont la présence l'avertit des dangers qu'elle peut courir. Il n'y a donc plus autant de motifs de la protéger que lorsqu'elle se trouve seulement en rapport avec son mari. Aussi, dix ans plus tard, la jurisprudence se modifiait-elle pour admettre que la femme pouvait, en toute validité, n'agir qu'avec la seule autorisation de son mari. [2]

Rien n'était donc plus facile, pour la femme mariée, que de consentir à un tiers une renonciation ou subrogation à son hypothèque légale.

1. Cassation, 9 janvier 1820 (S. 23, 1, 148).
2. Lyon, 13 avril 1832 (S. 32, II, 492).

Aussi les conventions de ce genre se multiplièrent-elles. Mais l'expérience révéla qu'il pouvait arriver souvent qu'elles fussent loin de procurer aux tiers toute la sécurité qu'ils en avaient attendu. Aucune disposition légale ne soumettait, en effet, ces contrats à la publicité. Aussi pouvait-il se produire que telle personne qui avait traité en toute confiance avec le mari, parce qu'elle comptait sur le rang avantageux que lui procurait la subrogation par elle obtenue à l'hypothèque légale, se trouvait évincée par un précédent subrogé qui lui opposait un acte ayant date certaine antérieure. La femme pouvait, sous un pareil régime, subroger vingt créanciers du mari, et finalement en tromper dix-neuf. Aussi, des réclamations nombreuses se firent entendre pour réclamer une réforme.

C'est pour donner satisfaction à ces réclamations qu'un article spécial, visant les renonciations de la femme à son hypothèque, a été ajouté à la loi du 23 mars 1855, qui a été du reste sur ce point , modifiée et complétée par la loi du 13 février 1889. Ces diverses dispositions législatives, admettant, dans une certaine mesure, les observations de ceux qui réclamaient des formes spéciales pour les conventions de ce genre, exigent un acte authentique dressé par un officier public, dont les instructions pourront

éclairer la femme sur la gravité des conséquences possibles. Elles ont en outre établi un mode de publicité destiné à protéger les tiers qui voudraient traiter avec la femme.

Ainsi s'est fixée lentement, grâce à la jurisprudence et à la législation, la théorie des conventions que la femme mariée peut faire relativement à son hypothèque légale.

Il importe d'analyser cette théorie dans la mesure où elle s'applique aux renonciations de la femme mariée à son hypothèque légale. A cet effet, nous devons préciser les questions suivantes:

1° Dans quels cas exactement y a-t-il renonciation de la femme à son hypothèque légale?

2° Quelles sont les conditions de fond de la convention de renonciation ?

3° Quelles sont les conditions de forme auxquelles elle doit satisfaire ?

4° Quelles sont les conditions spéciales aux renonciations tacites ?

5° Quels sont ses effets ?

I

Les conventions que la femme peut faire relativement à son hypothèque légale sont multiples. Mais il en est surtout deux qui ont une importance plus grande, et auxquelles toutes les

autres ressemblent plus ou moins ; ce sont la renonciation et la subrogation à cette hypothèque. La renonciation est une convention purement extinctive par laquelle il est entendu, entre la femme et le tiers, que tout devra se passer, dans leurs rapports personnels, comme si la femme n'avait pas d'hypothèque. La subrogation est, au contraire, une convention translative par laquelle la femme transfère au tiers son hypothèque, qu'il pourra dès lors invoquer et faire valoir à l'encontre des autres créanciers, de la même manière que la femme eût pu elle-même s'en servir. Ces deux conventions sont les plus usuelles ; mais il en est une infinité d'autres, et il est parfois difficile, à raison des termes vagues employés par les parties, de déterminer quelle est au juste l'opération qu'elles ont entendu faire.

Aussi, lors de la réforme de 1855, avait-on proposé que l'acte intervenu eût toujours valeur de subrogation, quelles que fussent les expressions dont les parties eussent fait usage. Mais cette idée, qui méconnaissait le principe de la liberté des conventions, a été écarté, et la règle de l'interprétation de la volonté des parties a été conservée.

Peu à peu, la confusion s'est dissipée. On reconnut que, quel que soit le nom donné à des

conventions fort diverses en apparence, cession d'hypothèque ou promesse d'abstention, ou cession de rang, ou convention d'antériorité, ou renonciation, ou subrogation, elles se ramenaient en réalité à deux catégories que nous avons distinguées tout d'abord. Toutes les conventions passées par la femme sont, les unes translatives ou subrogatives, les autres extinctives ou abdicatives.

Puis, pour distinguer les cas dans lesquels il y avait renonciation, on appliqua les règles d'interprétation du droit commun. Elles ont conduit aux solutions suivantes :

Puisque aucune disposition législative n'a restreint, pour les parties, la liberté de faire telles conventions qui leur semblent préférables, il faut admettre tout d'abord qu'il y aura renonciation lorsque les parties, par des explications claires et précises, auront expressément affirmé leur volonté de renfermer dans cette mesure l'effet de la convention.

Il y aura également renonciation toutes les fois que le tiers n'aura aucun intérêt à être subrogé dans l'effet de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Dans les autres cas et en l'absence d'indications présentant une netteté suffisante, il convient d'admettre, avec la jurisprudence, que la

convention sera réputée translative au profit du tiers qui l'a obtenue, toutes les fois qu'il y aura intérêt quels que soient les termes employés par les parties. Ce que les parties ont en effet voulu le plus souvent, c'est accorder aux tiers le maximum de garantie. Attribuer ce sens au contrat lorsqu'il est rédigé en termes peu clairs, c'est lui donner l'interprétation la plus vraisemblable. La Cour de cassation l'affirmait ainsi lorsqu'elle décidait, par un arrêt en date du 8 août 1854 [1], que « la femme qui s'oblige solidairement avec son mari envers un tiers, et qui consent à hypothéquer à la sûreté de cette obligation des immeubles du mari affectés à son hypothèque légale, transporte virtuellement à ce créancier ses droits sur lesdits immeubles et, par conséquent, son hypothèque légale. »

Faisons l'application de ces principes, d'après lesquels il y aura, en définitive, renonciation purement extinctive chaque fois que le tiers n'aura aucun intérêt à être subrogé dans l'hypothèque légale de la femme mariée.

On peut distinguer et énumérer trois cas où cette renonciation purement extinctive se produira ; ces divers cas étant la raison d'être du

1. Cass., 8 août 1854 (S. 54, 1, 521 ; D. 55, 1, 337). — Cass., 25 février 1862 (S. 62, 1, 356 ; D. 62, 1, 240).

présent chapitre, où nous ne pouvons envisager que des conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée ayant pour effet d'éteindre cette hypothèque.

Ces cas sont les suivants :

Premier cas. — Un tiers acquéreur contracte avec le mari, pour l'acquisition d'un de ses immeubles qui, au jour de l'achat, n'est grevé que de l'hypothèque légale de la femme mariée. Il sera nécessaire, pour que l'acquéreur obtienne une pleine sécurité, que la femme intervienne au contrat mais il suffira que, dans la convention, la femme renonce purement et simplement à son hypothèque, sans qu'il soit besoin, en aucune façon, qu'elle y subroge le tiers acquéreur ; et, en effet, au moyen d'une simple renonciation, le tiers est sûr de n'être jamais inquiété par l'exercice d'un droit de suite appartenant à la femme de son vendeur, et comme, d'autre part, aucune hypothèque n'existe sur l'immeuble, il peut espérer le conserver en toute sécurité.

Deuxième cas. — On peut supposer un tiers qui prête des deniers au mari, et stipule une hypothèque sur l'un de ses immeubles, alors que cet immeuble n'est grevé d'aucune hypothèque autre que l'hypothèque légale de la femme mariée. Il suffira, pour que le créancier

vienne sur l'immeuble en première hypothèque, c'est-à-dire obtienne le maximum de garantie, que la femme consente vis-à-vis de lui une renonciation purement extinctive à son hypothèque, renonciation qui rendra l'hypothèque de la femme inexistante à son égard.

Troisième cas. — Un immeuble du mari a été vendu, l'acquéreur a procédé à la purge; les parties sont arrivées à ce point de la procédure où les deniers vont être répartis entre les créanciers. S'il apparaît, à première vue, que la femme ne pourrait venir en ordre utile parce qu'elle est primée par les autres créanciers, les parties jugeront préférable, afin de diminuer les frais, qu'elle soit tenue en dehors de la procédure. On peut supposer, dès lors, que, dès le principe et avant que le conservateur des hypothèques ait délivré l'état des inscriptions existant sur l'immeuble, la femme ait consenti une renonciation à son hypothèque, sur le vu de laquelle le conservateur aura pu procéder à la radiation. Cette renonciation aura été consentie, le plus souvent, au profit du créancier qui paraîtrait venir le dernier en ordre utile. Il nous suffit de constater que, pour que cette renonciation produise son plein effet, il suffit qu'elle soit purement extinctive de l'hypothèque de la femme.

Tels sont les trois cas où la renonciation à l'hypothèque légale est purement extinctive de cette hypothèque.

II

A quelles conditions de fond est soumise la validité de la renonciation de la femme à son hypothèque légale ?

Ces conditions sont des conditions de capacité. Elles sont d'abord celles qui existent pour la renonciation de la femme à une hypothèque quelconque. La renonciation à une hypothèque est un acte de disposition qui peut avoir une grande importance pour le patrimoine de la femme. Comme elle est incapable d'aliéner par l'effet du mariage, il lui faut l'autorisation de son mari ou, à défaut de cette autorisation, celle de justice. Dans la plupart des cas, l'autorisation du mari ne sera pas, pour la femme, une protection bien sérieuse, parce que le mari aura très souvent un intérêt contraire. Néanmoins, on ne saurait hésiter à appliquer la règle du droit commun.

Il y a lieu de faire quelques remarques relatives plus particulièrement à la renonciation à hypothèque légale consentie par une femme qui est mariée sous le régime dotal. On sait, en

effet que, sous ce régime, la capacité de la femme est réduite plus que dans les autres. Quand la femme est mariée sous le régime dotal, son patrimoine propre est en général composé de deux catégories de biens : d'une part, les paraphernaux, et d'autre part, les biens dotaux. En ce qui concerne les paraphernaux, il peut arriver que la femme ait certaines créances contre le mari, par exemple, au cas où un paraphernal a été vendu, dont le prix a été touché par le mari. Il n'est pas douteux alors, que la femme puisse valablement renoncer à son hypothèque dans la mesure où elle garantit cette créance. Car, avec l'autorisation du mari, elle peut toujours disposer de ses biens paraphernaux. Mais la règle change en ce qui concerne les immeubles dotaux. Fût-elle autorisée du mari, elle ne peut en disposer, puisque ces immeubles sont inaliénables. Et alors, il est admis en doctrine et en jurisprudence qu'elle ne peut renoncer à l'hypothèque légale, en tant que cette hypothèque garantit les créances qu'elle peut avoir contre son mari, relativement aux immeubles dotaux.

Mais si les immeubles dotaux sont inaliénables, ç'a été une question très vivement discutée en doctrine et en jurisprudence que celle de savoir si cette inaliénabilité doit s'étendre aux meubles dotaux. La question présente un intérêt

considérable, étant donné le grand développement de la fortune mobilière au XIX^e^ siècle. Si l'on veut en chercher la solution dans les textes, il est impossible d'y trouver aucune indication précise. Certains textes, tels que les articles 1541, 1555 et 1556 C. civ. emploient bien l'expression dot ou biens dotaux, qui paraît avoir un sens générique ; mais l'art. 1554, qui pose le principe de l'inaliénabilité, n'est relatif qu'aux immeubles dotaux. La jurisprudence a, pour résoudre la difficulté, admis une solution mixte. Dans le droit romain, le mari était propriétaire des meubles dotaux et avait le droit de les aliéner. Si le Code civil maintient désormais à la femme la propriété de ces mêmes meubles, il reconnaît, par contre, au mari, sous l'influence des souvenirs du droit romain, les pouvoirs les plus étendus comme administrateur. La considération de ces pouvoirs très larges a conduit les tribunaux à admettre que le mari pourrait aliéner les meubles dotaux. Mais, d'un autre côté, les tribunaux n'ont pas oublié que la femme mariée sous le régime dotal jouit d'une protection spéciale. Aussi se sont-ils préoccupés de lui maintenir cette protection, même en ce qui concerne le mobilier dotal. A supposer que le mari l'ait aliéné, la femme est créancière de sa valeur. Pour donner à la femme

plus de garanties que cette créance lui sera un jour remboursée, la jurisprudence a décidé que cette créance serait inaliénable, et que, d'autre part, la femme ne pourrait disposer de son hypothèque légale, en tant qu'elle sert de sûreté à cette créance [1]. Telle est la théorie de la jurisprudence, que l'on résume parfois en disant que, si la dot mobilière est aliénable à l'égard du mari, elle demeure inaliénable à l'égard de la femme.

Que faut-il penser d'une clause souvent insérée dans le contrat de mariage d'une femme qui se marie sous le régime dotal, aux termes de laquelle cette femme pourra, avec l'autorisation de son mari, aliéner et hypothéquer les immeubles dotaux ? Cette clause a-t-elle aussi pour effet de relever la femme de son incapacité de céder ses reprises dotales ou de renoncer à son hypothèque ? Ou bien doit-elle être tenue pour inefficace à cet égard ? La question a été vivement discutée. Puisque la femme peut disposer du bien lui-même et, au besoin, en faire donation, pourquoi ne lui serait-il pas permis de renoncer à l'hypothèque qui garantit, le cas échéant, une action en reprise du prix ? Cette opinion ne nous paraît pourtant pas devoir être adoptée. Les

1. Paris, 8 mars 1905 (D. 1906, 2, 241).

clauses qui restreignent la dotalité établie par un contrat de mariage sont d'interprétation restrictive. Par elles, la femme renonce, dans une certaine mesure, à la protection qu'elle avait stipulée. Or les renonciations sont de droit étroit. La femme a bien consenti à l'aliénabilité du bien ; on ne peut pas présumer de là qu'elle s'est aussi dégagée de toute protection, en ce qui concerne la conservation de sa créance ou de son hypothèque. [1] Donc, même avec la clause ci-dessus insérée dans son contrat de mariage, la renonciation par la femme dotale à son hypothèque légale serait frappée de nullité. [2] Cette conséquence ne serait évitée que par une stipulation expresse. Il n'est pas sans intérêt, d'ailleurs, de remarquer que, dans les contrats de mariage les plus récents, apparaît une disposition suivant laquelle la femme se réserve le droit de donner mainlevée de son hypothèque légale en faveur des tiers qui traiteraient avec son mari. D'ailleurs, la jurisprudence applique à cette stipulation le même système d'interprétation restrictive qu'à toute clause qui modifie l'inaliénabilité dotale. [3]

1. Voir : Aubry et Rau, t. v, § 575 ; — Guillouard, *Contrat de mariage*, t. iv, nº 2064.

2. Cass., 4 juin 1866 (S. 66, 1, 281 ; D. 66, 1, 321). — Cass., 7 avril 1868 (S. 68, 1, 270).

3. Cass., 19 nov. 1888 (S. 89, 1, 153 ; D. 90, 1, 55).

En résumé, dans la mesure où le régime dotal qu'elle a adopté lui permet d'aliéner sa dot, la femme peut renoncer à son hypothèque légale avec l'autorisation maritale. Remarquons toutefois que, si la jurisprudence reconnaît ce droit, elle a posé cette règle, spéciale à notre sujet, que la femme ne peut renoncer à la totalité de son hypothèque légale. Un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1878 affirme l'impossibilité pour la femme de renoncer d'une manière générale à son hypothèque. « La femme, lit-on dans ce « document, ne saurait renoncer d'une manière « générale à l'hypothèque légale garantissant « éventuellement les droits qu'elle pourrait avoir « jusqu'à la dissolution du mariage. » [1] Par conséquent, si une femme séparée de corps a pris inscription, puis renoncé à son hypothèque légale, cette inscription ne saurait être radiée qu'en tant qu'elle s'applique aux immeubles actuels du mari; elle doit subsister pour les immeubles que le mari peut acquérir, par la suite, dans le même arrondissement.

III

Dans les cas où la femme peut renoncer à son hypothèque légale, quelles formes doivent être

1. Cass., 20 mai 1878 (S. 79, 1, 49). — Trib. civ. Mayenne, 14 nov. 1902 (D. 1903, 2, 225).

observées pour que cette renonciation soit valable ?

Des règles spéciales déterminent les formalités à observer en vue de la renonciation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Elles sont écrites dans les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889.

Avant la loi de 1855, les tribunaux étaient hésitants sur les caractères d'une subrogation ou d'une renonciation à l'hypothèque légale. Ils considéraient ces conventions comme une simple restriction de l'hypothèque légale, à laquelle s'appliqueraient les articles 2144 et 2145 C. civ. C'est dire qu'elles ne pouvaient être réalisées que sur l'avis des quatre plus proches parents de la femme, et l'autorisation du Tribunal donnée sur les conclusions du ministère public [1].

Cependant, il est certain que la situation pour laquelle le législateur avait prescrit les formalités prévues par les articles 2144 et 2145 était bien différente de celle d'une renonciation. Le législateur avait voulu protéger d'une façon spéciale la femme, afin qu'elle ne puisse pas, dès le lendemain du mariage, sous l'influence de son mari, renoncer par son seul consentement

1. Cass., 9 janvier 1820 (S. 23, 1, 148).

à la garantie de l'hypothèque légale ; mais, dans les hypothèses que nous envisageons, le contrat est passé avec un tiers. Sans doute, le mari tirera avantage du contrat ; toutefois, la volonté seule de la femme ne suffit pas, il faut le concours des tiers. Par ce motif, la jurisprudence avait admis que les formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 ne sont nécessaires qu'au cas de réduction de l'hypothèque consentie au profit du mari seul, et dans le but unique d'affranchir une partie de ses biens de cette hypothèque. La Cour de cassation décida expressément « que les art. 2144 et 2145 ne sont applicables qu'aux réductions de l'hypothèque demandées par le mari seul, et non aux contrats sincères que la femme passe avec des tiers, même dans l'intérêt de son mari, ces contrats étant régis par d'autres dispositions au nombre desquelles se trouve l'art. 217 C. civ.[1]. » En conséquence, aucune formalité particulière n'était exigée pour la validité d'une renonciation. La jurisprudence admettait aussi bien l'acte sous seing privé que l'acte authentique, la renonciation tacite que la renonciation expresse[2].

C'est alors que fut votée la réforme de 1855.

1. Cass., 30 juillet 1845 (S. 45, 1, 711).
2. Cass., 24 janvier 1838 (S. 38, 1, 97).

Elle crée, pour les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée, deux formalités : l'une est l'authenticité de l'acte, l'autre la publicité de la convention. Mais la question s'est posée de savoir si elles étaient exigées, l'une et l'autre, pour toutes les conventions sans exception, et notamment pour les renonciations.

Examinons l'application de chacune de ces formalités successivement, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855.

L'article 9 de cette loi décidait « que, dans les « cas où les femmes peuvent céder leur hypo- « thèque légale ou y renoncer, cette cession ou « cette renonciation doit être faite par acte « authentique, et les cessionnaires n'en sont « saisis à l'égard des tiers que par l'inscription « de cette hypothèque prise à leur profit, ou « par la mention de la subrogation en marge « de l'inscription préexistante. »

Donc, ce texte exigeait d'abord un acte authentique. Tel est le terme que le législateur a employé. Il n'a pas dit « acte notarié ». Par conséquent, la convention prévue par lui pouvait se faire devant la justice au moyen d'un « contrat judiciaire ».

Mais de graves incertitudes ne tardèrent pas à surgir. On se demanda si l'authenticité était

exigée pour toutes les conventions sans exception.

Suivant une opinion, la loi de 1855 exigeait un acte authentique, tant pour la renonciation que pour la cession de l'hypothèque légale [1]. D'autre part, selon une thèse très fréquemment admise, l'art. 9 de cette loi avait visé uniquement les cessions consenties à un créancier, et les renonciations purement extinctives, consenties au profit d'un acquéreur, n'y étaient pas soumises ; cet article exige en effet une inscription. Or cette formalité ne se comprend que de la part d'un créancier qui veut utiliser à son profit l'hypothèque de la femme [2].

Dans la pratique, un grand nombre de renonciations se faisaient, par le simple concours de la femme, dans un acte de vente sous seings privés. Mais un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1880 exigea l'authenticité, affirmant que « les termes de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 sont impératifs, et ont pour effet de donner à l'acte par lequel la femme cède son hypothèque ou y renonce le caractère d'un acte solennel, conséquemment nul quand il se produit en dehors des formes prescrites ; que, si la

1. Aubry et Rau, t. III, § 288 *bis*, p. 466. — Labbé, *Revue critique*, 1881, p. 339.

2. Mourlon, *Transcription*, t. II, nos 970 et 1105.

publicité de la cession par l'inscription ultérieurement prise a pour but de protéger les tiers contre les dangers de subrogations clandestines, l'authenticité exigée par la loi est aussi destinée à protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale ; que, dès lors, on ne saurait refuser à celle-ci le droit d'exciper du non-accomplissement d'une formalité établie pour sa propre défense [1].

Cette décision émut le notariat. Les notaires demandèrent qu'on mît fin aux incertitudes de la pratique. A cet effet, ils renouvelèrent, en 1882, une pétition qu'ils avaient déjà faite en 1866.

Dans cette pétition, ils demandaient en outre au législateur de statuer sur des difficultés que soulevait également l'accomplissement de la seconde formalité prévue par la loi de 1855, et tendant à assurer la publicité des actes visés par elle.

On sait qu'avant 1855, les tribunaux admettaient que la dispense d'inscription accordée à la femme mariée bénéficiait au tiers qui obtenait d'elle la cession de son hypothèque légale [2]. Ce système avait cet inconvénient grave que les

1. Cass., 22 nov. 1880 (S. 81, 1, 473 ; D. 81, 2, 58).
2. Cass., 24 janvier 1838 (S. 38, 1, 97). — Cass., 13 nov. 1854 (S. 55, 1, 193 ; D. 55, 1, 113).

conventions faites par les femmes mariées sur leurs hypothèques, n'étaient entourées d'aucune publicité. La loi sur la transcription vint modifier cet état de choses. Nous avons rappelé déjà le texte de l'art. 9 de cette loi, suivant lequel le cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme est astreint à la publicité et doit s'inscrire.

Mais des discussions ne tardèrent pas à s'élever sur cette question de la publicité, semblables à celles qu'avait fait naître la question d'authenticité. Les difficultés portèrent encore sur les renonciations consenties au profit des acquéreurs d'immeubles. Les renonciations purement extinctives devaient-elles être inscrites ? Et quelle forme de publicité était requise pour elles ?

Fallait-il, autrement dit, que l'acquéreur d'immeuble au profit duquel la femme avait passé une renonciation purement extinctive à son hypothèque légale, prît inscription comme un créancier ? Ou bien la transcription de son contrat suffisait-elle pour porter la renonciation de la femme à la connaissance des tiers ?

MM. Aubry et Rau [1] estimaient que la publicité prescrite par l'art. 9 était nécessaire, aussi bien pour la renonciation extinctive que pour la

1. Aubry et Rau, t. III, p. 465, n° 18,

subrogation. Ce système avait pour conséquence que l'acquéreur devait toujours inscrire, s'il voulait éviter les embarras de la purge des hypothèques légales. Il devait grever son propre immeuble de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme de son vendeur, et ne pas oublier de renouveler tous les dix ans cette inscription, afin de ne pas la perdre. Et la Cour de cassation, par son arrêt des 29 août 1866, acceptait cette solution et déclarait que « les formalités de publicité prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855 ne peuvent être remplacées par la transcription de l'acte de vente qui renferme la renonciation dont il s'agit [1].

Les auteurs qui repoussaient l'exigence d'un acte authentique pour la renonciation écartaient également l'exigence de l'inscription. Ainsi, Mourlon admettait que l'art. 9 de la loi de 1855 était inapplicable à la renonciation par une femme à son hypothèque légale, dans une vente, au profit de l'acquéreur. [2] De nombreux arrêts se contentaient, en effet, de la transcription de l'acte d'aliénation. [3]

En présence de ces divergences d'opinion sur

1. Cass., 29 août 1866 (S. 67, 1, 9 ; D. 67, 1, 46).
2. Mourlon, *Des Subrogations*, p. 598 et s.
3. Douai, 22 février 1887 (S. 88, II, 78). — Lyon, 6 février 1889 (S. 89, II, 78). — Cass., 5 mai 1890 (S. 90, 1, 392 ; D. 90, 1, 467).

l'étendue d'application de l'art. 9 de la loi de 1855, les acquéreurs d'immeubles ne se trouvaient pas en sécurité. On comprend l'insistance avec laquelle une réforme législative fut réclamée. Une loi fut votée le 13 février 1889 pour mettre fin aux difficultés relatives aux deux formalités : 1° l'authenticité de l'acte, 2e la publicité de la convention.

Il importe de déterminer quelles précisions cette nouvelle loi a apportées.

Quant à la nécessité d'employer un acte authentique, elle a été écrite dans la nouvelle loi. La principale raison qui fut invoquée en faveur de cette solution est la protection que la présence du notaire assure à la femme. Il convient de remarquer que, si le législateur avait tellement en vue la protection que le notaire peut apporter à la femme, il aurait dû exiger la présence réelle de cet officier ministériel à l'acte. Or il résulte du texte même que le notaire n'a pas besoin de concourir personnellement à la rédaction de l'acte. Cette exigence peut donc paraître exagérée et critiquable. Elle l'est d'autant plus, que les notaires eux-mêmes, dans leur pétition adressée au Sénat en 1866 et tendant à faire compléter la loi de 1855, avaient signalé « les perturbations qui seraient apportées dans les habitudes des transactions, si on exigeait l'acte authenti-

que ». Et puis, cette nécessité d'un acte authentique augmente, dans une notable proportion, surtout pour les petites ventes, les frais que le but de la loi était de diminuer[1].

Nous noterons que l'acte sous seing privé contenant renonciation peut recevoir l'authenticité. Il suffit que la femme, avec l'autorisation de son mari, dépose cet acte chez un notaire, qui le mettra au rang de ses minutes. On ne saurait lui refuser de donner ainsi l'authenticité à cet acte, alors que la légalité de ce procédé est admise pour faire servir l'acte sous seing privé à une constitution d'hypothèque. Dans ce cas la renonciation ne saurait produire ses effets que du jour où l'acte deviendra authentique par le dépôt, en sorte que les cessions consenties par la femme entre le moment de la rédaction de l'acte sous seing privé et celui du dépôt chez le notaire, et régulièrement inscrites, seront opposables à l'acquéreur [2].

1. Nous empruntons à M. Planiol les chiffres suivants : Il se fait en France, chaque année, dit-il, un très grand nombre de ventes d'immeubles de peu de valeur, environ 80.000 ventes de 200 francs et au-dessous. Les frais de l'acte notarié s'élèvent à 20 francs au moins, 40 francs souvent. Beaucoup de paysans aimeraient mieux s'exposer à un risque fort éloigné, et dont souvent ils ne se doutent même pas, que de débourser cette somme. Ils se mettent ainsi dans le cas d'être évincés, alors que leur position serait inattaquable, si la loi n'exigeait pas l'authenticité. (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e édit., t. II, p. 1038.)

2. Poitiers, 4 déc. 1899 (D. 1900, 2, 171).

D'ailleurs, le notaire n'est pas seul à pouvoir donner l'authenticité ; les autorités administratives ont également ce pouvoir.

La sanction de cette première formalité est la nullité de la renonciation. Quoique le législateur ait justifié la nécessité d'un acte authentique par l'intérêt de la femme, il n'est pas douteux qu'il ait songé aussi à l'intérêt des tiers. Par conséquent, la nullité résultant du défaut d'authenticité peut être invoquée, non seulement par la femme, mais encore par des subrogés postérieurs à une renonciation qui seraient porteurs d'un acte en bonne forme [1].

La seconde question controversée était celle du mode de publicité exigé pour les actes de renonciation. Elle a été également tranchée par la loi du 13 février 1889.

Cette loi porte que la transcription suffit pour donner tout son effet à la convention. Le tiers acquéreur doit donc faire transcrire l'acte qui contient la renonciation de la femme. Le plus souvent, elle se trouvera dans l'acte d'acquisition. Si elle est insérée dans un acte postérieur, l'acte spécial devra également être transcrit.

Ainsi, le législateur a dispensé l'acquéreur de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale de la

1. Cass., 22 nov. 1880 (S. 81, 1, 273 ; D. 81, 1, 58).

femme mariée, des frais et des lenteurs de la purge légale. En même temps, il a mis les tiers à l'abri des fraudes de la femme qui, après avoir renoncé à ses droits d'hypothèque en faveur de l'acquéreur, pouvait céder à des tiers ces mêmes droits qu'elle n'avait plus, sans que les cessionnaires puissent, si la renonciation avait eu lieu par un acte spécial, se mettre à l'abri de cette fraude.

La transcription faite par l'acquéreur de l'immeuble rend la convention valable à l'égard des tiers. A partir du moment où elle est faite, il n'a plus à craindre de voir un tiers subrogé par la femme s'inscrire utilement sur son immeuble. Nous remarquerons toutefois la décision donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1901. [1] qui est assez inquiétante pour la pratique. Elle n'oblige pas le conservateur des hypothèques à supprimer, dans un état d'inscription, l'hypothèque légale de la femme du vendeur, alors que l'extinction de cette hypothèque doit être considérée comme la conséquence juridique d'une précédente renonciation. Un arrêt de la Cour de Rennes du 5 avril 1897 [2] avait décidé qu'il suffisait que la renonciation de la femme,

1. Cass., 15 mai 1901 (S. 1901, 1, 313).

2. Rennes, 5 avril 1897, sous Cass. précité.—Cf. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, IV, n° 1821, p. 126.

au profit de l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari, dût affranchir cet immeuble des effets de l'hypothèque légale pour que le conservateur fût tenu de constater cet affranchissement dans les états qu'il délivre. Le seul fait d'avoir laissé figurer la mention de l'hypothèque légale de la femme doit, d'après cette théorie, le rendre responsable du préjudice que cette mention pourra causer. Il paraît, en effet, logique d'admettre que la loi du 13 février 1889 impose au conservateur des hypothèques l'obligation de vérifier par lui-même la réalisation de la purge spéciale résultant de la renonciation, et de le rendre responsable du manquement à cette obligation. Ceci semble conforme en outre à la volonté du législateur, qui a voulu éviter les formalités longues et coûteuses de la purge. Cependant, l'arrêt précité de la Cour de cassation a rejeté cette conséquence de la loi de 1889. Il a considéré, quels que fussent les inconvénients pratiques de ce système, que les fonctionnaires préposés à la tenue des registres hypothécaires ne s'étaient vu imposer aucune obligation nouvelle. En effet, une proposition faite au Sénat par M. Cazot d'imposer au conservateur des hypothèques, dans le cas de renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un acquéreur, l'obligation d'inscrire d'office cette hypothèque

et de mentionner en marge cette renonciation, avait été repoussée [1].

La sanction du défaut de publicité n'est pas la même que la sanction du défaut d'authenticité. Elle consiste sans doute aussi dans la nullité de la convention à l'égard des tiers. Mais, la publicité étant requise uniquement dans l'intérêt des tiers, son omission n'empêche pas la convention d'être valable entre les parties, si elle a été faite par acte authentique. Par conséquent, la femme qui a renoncé valablement à son hypothèque légale ne pourrait pas poursuivre le tiers acquéreur à défaut de transcription.

Telles sont les deux formalités prévues par la loi de 1889.

IV

N'y a-t-il point une troisième formalité exigée par la loi de 1889 et relative aux termes dans lesquels la renonciation peut avoir lieu ? Il importe de remarquer que, si cette loi n'a pas exigé que la renonciation fût expresse, encore moins faite en termes sacramentels, elle a limité les cas de renonciation tacite. Avant 1889, la jurisprudence induisait la renonciation de tout

1. Sénat, séance du 6 février 1888. *J. offic.* du 7, déb. parl., p. 111 et 112.

concours de la femme dans l'acte, qui ne pouvait s'expliquer par aucune raison particulière. Supposons un mari qui aliène un de ses biens propres ou un bien de communauté : il n'a pas besoin, pour accomplir cet acte, du concours de sa femme ; donc, si celle-ci intervient à l'acte sans que sa présence s'explique par quelque motif spécial, il semble logique de décider qu'elle a entendu renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur [1].

Mais le législateur de 1889, qui cherchait à protéger la femme, ne pouvait admettre aisément qu'elle fût exposée à se dépouiller ainsi de son hypothèque légale. Il a circonscrit dans des limites étroites les cas de subrogation tacite, et déterminé d'une manière précise les faits valant renonciation.

Sous l'empire de la loi nouvelle, cet effet ne peut plus être attaché qu'à deux sortes d'actes :

1° Ceux dans lesquels la femme a stipulé, comme covenderesse, en même temps que son mari ;

2° Ceux où elle s'est engagée à côté de lui en qualité de garante ou de caution.

Le premier cas, disons-nous, est celui où la femme intervient comme « covenderesse ». Cette

1. Cass., 26 août 1862 (S. 62, 1, 920 ; D. 62, 1, 344).

qualité oblige la femme à garantie vis-à-vis de l'acquéreur. Il est donc logique d'en conclure que la femme qui l'a prise dans un acte s'interdit le droit de faire valoir son hypothèque légale pour évincer cet acquéreur. « La femme qui s'oblige à garantie, a dit avec raison M. Labbé, renonce à évincer, elle renonce implicitement à son hypothèque légale, et contracte en même temps une obligation beaucoup plus étendue et plus onéreuse[1]. »

Par conséquent, la femme qui aura concouru à l'acte d'aliénation d'un immeuble de communauté, ou d'un immeuble indivis entre elle et son mari, pourra être considérée comme ayant renoncé tacitement, au profit de l'acquéreur, à son hypothèque légale. Nous devrions admettre la même solution au cas où la femme aurait pris cette qualité dans la vente d'un immeuble propre au mari, parce que cette situation rentre expressément dans les termes de la loi [2]. Il en est ainsi, non seulement lorsque la femme concourt à une vente, mais encore si elle agit comme coauteur de l'aliénation à un autre titre que la vente, par exemple dans un échange ou une dation en paiement, ou une transaction translative de pro-

1. Labbé, *Examen doctrinal. Revue critique* 1881, p. 341.
2. Wable, *Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur*, p. 51.

priété. La raison de décider est que, dans tous ces contrats, l'aliénateur s'oblige à la garantie vis-à-vis de l'acquéreur, comme le vendeur vis-à-vis de l'acheteur[1]. Ne convient-il pas d'interpréter de la même façon l'intervention de la femme à un acte à titre gratuit, lorsqu'elle stipule comme codonatrice ? La jurisprudence le décidait avant la loi de 1889[2]. En dépit du caractère limitatif des dispositions de celle-ci, nous inclinons à penser que la solution jurisprudentielle doit être conservée. « Même dans ce cas, dit M. Guillouard, nous croyons qu'il est plus conforme à l'intention des parties de voir, dans l'intervention de la femme, une renonciation tacite à son hypothèque. Si elle ne s'oblige pas alors « comme garante », dans le sens étendu de ce mot, elle devient au moins garante de ses faits personnels, et elle ne peut évincer le donataire : cela suffit pour qu'on puisse lui appliquer, dans son texte comme dans son esprit, la loi de 1889[3].»

La loi de 1889 prévoit une seconde série d'hypothèses : celles dans lesquelles la femme se sera engagée, à côté du mari, en qualité de garante ou de caution. Certains auteurs se sont élevés avec

1. Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. iv, 1820, p. 116 et s.
2. Cass., 9 février 1859 (D. 59, 1, 400).
3. Guillouard, *op. cit.*, iv, n° 1820, p. 113.

force contre cette disposition qui attache à l'engagement pris par la femme « comme caution » de son mari une présomption de renonciation à son hypothèque. Elle paraît critiquable, parce que le cautionnement, étant un engagement purement personnel, ne devrait pas, semble-t-il, faire perdre à la femme un droit réel, à savoir, son hypothèque légale. A tout le moins, il est difficile de comprendre que la femme qui n'a pas renoncé au bénéfice de discussion perde, par la volonté de la loi, avant toute discussion des biens du mari, le bénéfice de son hypothèque.

Aux objections ainsi faites, il convient d'opposer des considérations pratiques et théoriques très sérieuses. M. Ozanne fait remarquer avec raison [1] qu'on arriverait, en pratique, si le cautionnement ne devait pas être considéré comme impliquant renonciation à l'hypothèque légale, à des conséquences inadmissibles. Un circuit d'actions tout à fait inutiles et très onéreuses se produirait fatalement. La femme ne songerait, en effet, à faire valoir son hypothèque légale contre l'acquéreur que si le mari était insolvable; mais l'acquéreur, évincé par elle et trouvant en face de lui cet insolvable, finirait nécessairement par se retourner contre la femme,

1. Ozanne, *Etude de la loi du* 13 *février* 1889, p. 180.

après avoir vainement discuté les biens du mari.

L'argument de principe qui nous paraît tout à fait décisif est celui qu'a fait valoir M. Guillouard [1], à savoir qu'il résulte du cautionnement une obligation de garantie, qui oblige la caution à ne pas évincer le tiers vis-à-vis duquel elle s'est portée caution.

Bref, il convient de remarquer que les divers cas de renonciation tacite, limitativement prévus par la loi, s'expliquent tous par l'idée de la garantie due par la femme. Et c'est en réalité dans cette idée que se résume toute l'économie de la loi nouvelle : toutes les fois que la femme sera garante de l'obligation prise par son mari vis-à-vis de l'acquéreur, elle sera présumée avoir renoncé en faveur de celui-ci à son hypothèque légale, et la loi fait elle-même deux applications de ce principe : l'une au cas où la femme s'est obligée comme covenderesse, l'autre au cas où elle s'est obligée comme caution [2].

V

La renonciation par un créancier hypothécaire à une hypothèque a pour effet l'extinction du droit de suite et du droit de préférence qui

1. Guillouard, *op. cit.*, iv, n° 1820, p. 120.
2. Guillouard, *op. cit.*, iv, n° 1820, p. 121.

lui appartenaient sur l'immeuble grevé : la renonciation de la femme à son hypothèque légale produit-elle le même effet ?

Aux termes du § 1er de la loi du 13 février 1889, « la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque emporte extinction et vaut purge ». Il résulte de cette disposition, et plus particulièrement des mots « et vaut purge », comme des travaux préparatoires, que cette renonciation éteint le droit de suite, mais non le droit de préférence.

Avant la loi du 13 février 1889, la question de savoir si le droit de préférence disparaissait par suite de la renonciation, si la renonciation de la femme permettait à l'acquéreur de payer le prix au mari vendeur sans l'intervention de celle-ci, était fort discutée. La jurisprudence était divisée sur ce point. La Cour d'Amiens avait admis que la renonciation devait, non seulement purger du droit de suite, mais encore « autoriser le mari à disposer des fonds provenant de la vente » [1]. D'autre part, la Cour de Dijon affirmait que la femme pouvait prendre inscription pour son droit de préférence et n'était pas obligée de donner mainlevée [2].

1. Amiens, 3 mars 1853 (*Journal du Palais*, 1853, 1, 691).
2. Dijon, 17 nov. 1876 (S. 77, 11, 261).

La loi de 1889 a solutionné la question par la disposition précitée du § 1er, et aussi par la disposition du § 4, ainsi conçu : « Toutefois, la « femme conserve son droit de préférence sur « le prix, mais sans pouvoir répéter, contre l'ac- « quéreur, le prix ou la partie du prix par lui « payé de son consentement et sans préjudice du « droit des autres créanciers hypothécaires. »

Ainsi, la renonciation de la femme à son hypothèque légale a pour effet d'éteindre le droit de suite. Mais la loi a voulu sauvegarder autant que possible les intérêts de la femme. Elle lui conserve le bénéfice du droit de préférence, en sorte que l'acquéreur aurait mal payé s'il avait versé son prix entre les mains du mari, sans le consentement de la femme, et se verrait, dans ce cas, exposé à une action en répétition de la part de celle-ci. Elle a décidé que l'acquéreur qui paierait entre les mains du mari ne serait à l'abri de tout reproche qu'à la condition d'obtenir le consentement de la femme à ce paiement.

Nous devons chercher à déterminer :

1° Quelles sont les conditions de la survivance de ce droit de préférence ?

2° Comment il s'exerce ?

3° Comment la femme peut y renoncer ?

1° Le droit n'est pas soumis à la prescription très courte et aux déchéances des articles 717

et 772 du Code de procédure civile. En effet, la loi de 1889 ne renvoie pas à ces textes , et ce silence s'explique parce que le Sénat a supprimé la référence aux dispositions des art. 717 et 772 du Code de procédure civile, contenue dans le projet. Aucun délai ne s'impose donc à la femme, et elle peut exercer son droit pendant trente ans, conformément à la règle générale écrite dans l'art. 2262. C. civ. Ajoutons que cette prescription ne commence à courir qu'à compter de la liquidation des reprises de la femme ; car la femme ne peut exercer son droit de préférence qu'à partir de ce moment, et il est de principe que la prescription ne court pas contre un droit que l'on ne peut exercer [1].

D'autre part, la survivance du droit de préférence n'est pas subordonnée à une condition de publicité. Pendant toute la durée du mariage, ce droit de préférence se conserve sans que la nécessité de l'inscription s'impose à la femme. On sait en effet que la femme mariée est dispensée d'inscrire son hypothèque légale.

La question s'est posée de savoir si du moins la nécessité de l'inscription ne s'impose pas pour la survivance de ce droit de préférence et la conservation de son rang, après la dissolution

1. Ozanne, *Etude sur la loi du* 13 *février* 1889, p. 217.

du mariage. On soutient la nécessité de cette inscription, en invoquant un argument d'analogie emprunté au privilège du copartageant. Le copartageant est déchu de son droit de suite contre l'acquéreur qui a transcrit l'acte d'acquisition, s'il a négligé d'inscrire son privilège dans le délai de quarante-cinq jours à partir du partage; et cependant, une doctrine très répandue [1] admet la survivance de son droit de préférence jusqu'à l'expiration du délai de soixante jours de l'art. 2109 C. civ. Or les auteurs sont unanimes à reconnaître que, si cette théorie prévaut, le copartageant peut s'inscrire dans l'intervalle, entre le quarante-cinquième et le soixantième jour. De cet exemple, on déduit cette conséquence que le droit hypothécaire, même dépouillé du droit de suite, donne lieu à inscription.

Nous ne croyons pas que cette solution doive triompher. Il ne convient pas de dire qu'une hypothèque réduite au droit de préférence peut toujours être inscrite, et, plus particulièrement, que la femme qui a renoncé à son hypothèque légale doive, après le mariage, l'inscrire pour conserver son droit de préférence. Cette

1. Aubry et Rau, t. III, § 278, n° 28, p. 364. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. I^er^, n° 318.

formalité ne saurait s'imposer que pour la conservation des hypothèques dont le législateur subordonne à l'inscription les effets, mais non pas lorsqu'il s'agit d'une hypothèque comme celle de la femme mariée, dont le rang se détermine indépendamment de toute inscription. On ne voit pas pourquoi cette formalité, qui est inutile avant la renonciation, deviendrait nécessaire après cette renonciation.

2° Le droit de préférence de la femme garantit ses droits, tant avant qu'après la liquidation des reprises.

Normalement, il a pour objet de permettre à la femme de se faire payer ses reprises sur le prix d'aliénation. Or, les reprises de la femme ne devenant liquides et exigibles qu'après la liquidation, il n'autorisera le paiement qu'à la dissolution du mariage.

Si nous supposons donc que la femme ne renonce pas à son droit de préférence, l'acquéreur ne peut, avant la liquidation, payer le mari. Il risquerait qu'après la liquidation, si le mari n'est pas solvable, la femme le contraigne à payer de nouveau le prix jusqu'à concurrence du montant de ses reprises. A tout le moins, l'acquéreur agirait d'une façon imprudente, s'il payait sans exiger une caution.

Il ne peut, d'autre part, verser le prix entre

les mains de la femme non autorisée, car ce paiement serait nul.

Il pourrait toutefois recourir à la consignation, qui sauvegarderait à la fois ses intérêts et les droits de la femme.

Et, au cas où il y aurait des hypothèques inscrites sur l'immeuble, autres que celles de la femme, il devrait recourir à la purge, dont nous étudierons plus loin les effets.

Après la liquidation des reprises, la femme n'aura aucun droit à réclamer, si elle n'a pas de reprises, et le mari seul pourra exiger recevoir paiement.

Ou bien elle a des reprises à exercer. Alors, elle a une action contre l'acquéreur ; mais, comme elle a perdu tout droit sur l'immeuble, elle ne saurait, de son chef, intenter aucune action contre un sous-acquéreur.

L'acquéreur doit payer à chacun des époux la part du prix déterminé par l'acte de liquidation.

3° Afin que l'acquéreur paie son prix avant la liquidation des reprises, la femme renonce le plus souvent, dans la pratique, à son droit de préférence.

La loi l'autorise à y renoncer. Sous quelle forme peut-elle procéder à cette renonciation ? La loi n'exige ni authenticité ni publicité. Dans

les travaux préparatoires, aucune indication ne se trouve non plus. Dès lors, nulle formalité ne saurait être exigée. La renonciation peut donc se faire expressément par une déclaration formelle de la femme, avec le consentement du mari. Elle peut aussi se faire tacitement. La loi de 1889 a même prévu un cas de renonciation tacite : c'est celui où l'acquéreur paie entre les mains du mari en présence de celle-ci. M. Tissier a critiqué cette absence complète de formalités parce qu'elle entraîne une « absence complète de garantie [1] ». Il y a lieu cependant de remarquer, comme l'ont fait observer MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, que « le paiement est un acte simple dont la femme saisira facilement les conséquences [2] ».

L'effet de la renonciation sera d'autoriser l'acquéreur à se libérer entre les mains du mari.

Faisons remarquer qu'aux termes de la loi du 13 février 1889, la femme peut, au lieu de renoncer à un droit de préférence, subroger le tiers acquéreur dans ce droit. Cette subrogation, que certains auteurs appellent à tort « renonciation translative », devrait être inscrite et permettrait à l'acquéreur, s'il existait d'autres

1. Tissier, *Revue critique*, 18.., p. 648.
2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges*, t. II, p. 233.

créanciers hypothécaires que la femme ayant des droits sur l'immeuble, de se faire rembourser, le cas échéant, dans les limites des reprises de celle-ci, et par préférence aux créanciers hypothécaires postérieurs à elle, le prix qu'il a payé.

Notons enfin que la femme peut subroger dans son droit de préférence un tiers autre que l'acquéreur, soit un de ses propres créanciers, soit un créancier du mari, qui aurait alors les mêmes droits que la femme.

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES DISPENSÉES D'INSCRIPTION PAR LA TRANSCRIPTION DU JUGEMENT D'ADJUDICATION.

Dans l'ancien droit, pour sauvegarder les droits réels qu'ils pouvaient posséder sur un immeuble saisi, les tiers devaient former opposition à la vente au moyen d'une déclaration faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouvait l'immeuble saisi. Etaient astreints à cette opposition, non seulement les créanciers ayant hypothèque sur les immeubles, mais les tiers ayant un droit réel quelconque, et même, ce qui montre toute la rigueur de la règle, le propriétaire de l'immeuble quand la saisie avait été faite *super non domino*. A défaut par ces diverses personnes d'avoir fait ainsi valoir leurs droits en temps utile, elles en étaient déchues par le prononcé du jugement d'adjudication. C'est là une conséquence de ce jugement que Loysel exprimait dans l'adage célèbre « que décret forcé nettoie toutes les hypothèques et autres droits. »

Le motif de cette règle se trouvait dans la nécessité de procurer à l'adjudicataire une pleine et entière sécurité. L'adjudication ne ressemble pas à une vente ordinaire faite à l'amiable. L'acquéreur, pas plus que le poursuivant, n'a pu obtenir connaissance des titres de propriété que le saisi a trouvé le moyen de dissimuler et refusé de produire. Il est donc très difficile de se rendre un compte exact de l'étendue des droits du saisi et des charges réelles pouvant exister sur l'immeuble, et cela d'autant plus que l'ancien droit, sauf en ce qui concerne les donations, n'avait point organisé la publicité des aliénations ou constitutions de droits réels. Sans le principe admis par Loysel que l'adjudication purge et nettoie toutes hypothèques et autres droits, les créanciers auraient été dans une situation très difficile pour la réalisation de leur gage, parce qu'ils n'auraient pu trouver d'adjudicataire sérieux.

Certaines dérogations avaient du reste été apportées au principe de Loysel, soit à raison de la faveur qui s'attachait à certains droits, soit parce que l'adjudicataire avait pu les connaître. Ainsi, le décret ne purgeait pas les substitutions non ouvertes. L'ordonnance de 1747 décida qu'il ne purgerait pas même celles ouvertes, quand elles auraient été insinuées. De même, les

servitudes étaient toujours opposables à l'adjudicataire quand elles constituaient des servitudes apparentes. Il y avait là autant de dérogations à la rigueur des principes.

Quelques coutumes les avaient également limitées sur d'autres points. C'est ainsi que, dans la coutume de Normandie, le décret laissait subsister les rentes foncières, et la pratique avait étendu cette immunité aux droits réels autres que l'hypothèque.

Dans tous les cas où ils ne pouvaient invoquer l'une de ces dérogations, les tiers, avertis de la saisie immobilière, se hâtaient en général de former opposition pour sauvegarder leurs droits. Ces oppositions étaient jugées par le tribunal dans le ressort duquel se trouvait l'immeuble saisi. Quand l'opposant triomphait, son droit était conservé et devenait opposable à l'adjudicataire. Il convient de remarquer toutefois que, malgré une opposition dûment formée, le créancier hypothécaire était dépouillé de son hypothèque par le jugement d'adjudication. Mais tous les droits de ce créancier étaient reportés sur le prix.

Il était intéressant d'étudier ainsi le système admis dans l'ancien droit, parce que, relativement aux hypothèques, il a passé dans la législation moderne.

La règle que les hypothèques sont purgées par l'adjudication, déjà admise implicitement par les rédacteurs du Code de procédure, a été insérée dans l'article 717 du Code de procédure civile par la loi du 21 mai 1858. Aux termes de cette loi, le jugement d'adjudication, dûment transcrit, purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Ainsi, de même que dans l'ancien droit, l'hypothèque était éteinte, qu'une opposition même ne pouvait que conserver le droit sur le prix, de même, dans le droit moderne, les hypothèques sont purgées, et l'adjudicataire est à l'abri des poursuites.

On s'explique aisément que le législateur moderne ait cru pouvoir, sur ce point, conserver la règle de l'ancien droit. Il pouvait le faire, en effet, sans causer aux créanciers hypothécaires un préjudice grave.

Dans le cas de l'adjudication, il y a toutes chances que l'immeuble ait atteint son plus haut prix. La saisie a été publiée dans les journaux, et, au jour fixé, l'immeuble a subi le feu des enchères. Très probablement, le prix dû par l'adjudicataire représente la valeur réelle de l'immeuble. Le créancier hypothécaire aurait pu, du reste, tenter encore la surenchère de droit commun. Pour toutes ces raisons, on pouvait décider sans

inconvénient que les hypothèques seraient purgées par l'adjudication, et que le droit des créanciers serait reporté sur le prix.

Il est, du reste, une idée accessoire qui explique et justifie cette solution. C'est que les créanciers ont été liés à la procédure de saisie et appelés à la surveiller. Des sommations ont été faites à tous les créanciers inscrits pour les inviter à prendre communication du cahier des charges. Les créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription et non inscrite ont été eux-mêmes appelés à la procédure. Ceux dont le propre titre révélait l'existence au poursuivant ont reçu sommation. Notification de cette sommation a été adressée au procureur de la République, qui a fait inscrire les hypothèques légales pouvant exister sur l'immeuble du chef du saisi. Enfin, tous ces créanciers ont eu connaissance de la saisie par l'insertion judiciaire, qui même les invitait expressément à s'inscrire. En un mot, les créanciers ayant hypothèque ont été appelés à surveiller la procédure. C'est une raison de plus pour que l'on puisse considérer que l'adjudication qui l'a terminée offre toute garantie à leur égard ; que cette adjudication peut être réputée, même envers eux, avoir été faite dans les meilleures conditions possibles, et qu'ils ne peuvent se prétendre lésés quand on

déclare leur hypothèque éteinte, pour ne laisser subsister que leurs droits sur le prix.

Telles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à conserver la règle selon laquelle l'adjudication sur saisie opère la purge des hypothèques. Voyons maintenant les conditions dans lesquelles s'opère cette purge en insistant plus particulièrement sur la purge des hypothèques légales.

Le créancier qui poursuit la saisie doit adresser aux créanciers inscrits sommation de prendre communication du cahier des charges. Cette sommation invite le titulaire de l'hypothèque à prendre connaissance du cahier des charges, à y faire tous dires et observations, et à assister à la lecture et publication de ce cahier des charges, en même temps qu'à la fixation du jour de l'adjudication. Cette sommation est faite aux divers créanciers , au domicile par eux élu dans leur inscription.

En ce qui concerne les créanciers à hypothèque légale non inscrite, le poursuivant n'est tenu de faire sommation qu'aux créanciers dont l'existence lui est révélée par son titre de créance. La loi a voulu venir en aide au créancier poursuivant. Qu'il soit tenu de sommer tous les créanciers inscrits, cela s'explique aisément. L'existence de ces divers créanciers est mise à sa

connaissance par l'état des inscriptions qu'il a demandé au conservateur des hypothèques, lors de la transcription de la saisie. Mais il ignore les créanciers à hypothèque légale non inscrite. La loi ne pouvait l'astreindre à leur adresser des sommations. Il suffira qu'il fasse sommation à ceux d'entre eux que son titre de créance lui fait connaître.

Le créancier n'est tenu, du reste, de sommer les créanciers à hypothèque légale non inscrits qu'autant que ces créanciers jouissent encore du bénéfice de la dispense d'inscription. Ainsi, la femme mariée ne conserve ce bénéfice que pendant le mariage et une année à compter de sa dissolution. Donc, passé ce délai, elle-même ou ses héritiers sont soumis au droit commun de la publicité hypothécaire. Si l'hypothèque légale de la femme mariée n'a pas été inscrite, le créancier n'est pas tenu de lui faire sommation. De même, en ce qui concerne les mineurs et interdits, le poursuivant n'est pas tenu de leur faire de sommation quand leur hypothèque n'a pas été inscrite dans l'année qui a suivi la cessation de leur incapacité.

Les sommations faites aux créanciers à hypothèque légale non inscrits doivent contenir une mention spéciale. Le poursuivant invite ces créanciers, pour sauvegarder leurs droits, à faire

inscrire leurs hypothèques sur l'immeuble, avant la transcription du jugement d'adjudication.

Une fois que ces sommations ont été faites, le créancier poursuivant doit les notifier au procureur de la République de l'arrondissement où l'immeuble est situé. Ce magistrat doit faire inscrire celles qui grèvent l'immeuble du chef du saisi. Toutefois, il n'y aurait point lieu de prendre cette inscription, s'il apparaissait avec certitude que l'hypothèque a cessé d'exister, ou que le créancier ne peut plus invoquer le bénéfice de la dispense d'inscription.

Enfin, les créanciers à hypothèque légale sont liés à la procédure de saisie par une formalité que doit remplir le créancier poursuivant : cette formalité est l'insertion judiciaire. En même temps que cette insertion porte la saisie à la connaissance du public, elle renferme une déclaration portant que tous ceux du chef de qui il pourrait être pris inscription pour raison d'hypothèques légales, devront requérir cette inscription avant la transcription du jugement d'adjudication. C'est là une nouvelle mesure prescrite par la loi pour essayer d'atteindre et d'avertir en général tous créanciers à hypothèque légale, et plus particulièrement ceux à qui le poursuivant n'est pas tenu de faire sommation parce

que leur existence ne lui est pas révélée par son titre de créance.

Quand ces diverses formalités ont été remplies, la purge des hypothèques légales sera valablement faite par l'adjudication. Toutes ces hypothèques seront éteintes. Cette cause d'extinction s'étendra même aux hypothèques des créanciers qui n'auraient pas été sommés, s'ils ne rentraient point dans la catégorie des créanciers à qui sommation devait être faite. Aucune difficulté n'a jamais été soulevée sur l'effet absolu de cette cause d'extinction, au moins quand le poursuivant a strictement observé les formalités légales.

Mais que faut-il décider, si l'une quelconque ou plusieurs de ces formalités, sommation, notification, insertion judiciaire, n'a pas été remplie.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que la procédure de saisie est, dans ce cas, entachée de nullité. Cette nullité pourra être invoquée par les créanciers victimes de la négligence du poursuivant ou par le saisi lui-même; mais, et c'est là une solution importante, cette nullité sera susceptible de se couvrir par l'expiration de certains délais. S'agit-il d'une nullité pour défaut de sommation ou de notification, la nullité devra être proposée trois jours au moins avant la publication du cahier des charges. S'agit-il, au con-

traire, d'une nullité pour défaut d'insertion judiciaire, elle devra être invoquée trois jours avant l'adjudication. Ces délais une fois passés, la nullité se trouve couverte, et la saisie est aussi valable que si ces causes de nullité ne s'étaient jamais produites.

Mais alors une question subsidiaire se pose : si cette procédure de saisie, dont la nullité est ainsi effacée, se poursuit jusqu'à l'adjudication, les hypothèques légales seront-elles néanmoins purgées, bien que toutes les formalités prescrites pour cette purge n'aient pas été remplies ?

Il semble qu'elles ne devront pas l'être conformément à cette idée que, lorsque la loi prescrit certaines formalités en vue d'une procédure de purge, l'omission de ces formalités entraîne la nullité de la procédure de purge et, par suite, de l'effet qu'elle était appelée à produire.

Mais cette manière de raisonner ne nous paraît pas décisive. Il est une observation qui nous paraît de nature à faire admettre nécessairement que, même alors, les hypothèques légales sont purgées. Quel est le motif essentiel de la purge des hypothèques légales ? C'est que l'immeuble a atteint son maximum de valeur par suite des enchères. La présence à la saisie des créanciers hypothécaires n'est qu'un motif secondaire et accessoire. Cela est si vrai, que tout

le monde admet que les créanciers à hypothèque légale subissent l'effet de la purge, même dans le cas où ils n'auraient pas été sommés parce que le poursuivant ne les connaissait pas au seul examen de son titre. Que l'on objecte pas du reste que, si les hypothèques légales sont néanmoins purgées, les formalités prescrites par la loi sont dépourvues de sanction. Cette sanction existe, en effet, et consiste dans la nullité de la procédure de saisie, ainsi que nous l'avons déjà indiqué. La purge des hypothèques légales, malgré l'inobservation des formalités prescrites par la loi, est admise par la jurisprudence, et cette solution est avantageuse au point de vue pratique, parce qu'elle évite les frais d'une nouvelle purge, que l'adjudicataire pourrait désirer entreprendre, s'il avait à redouter quelque vice de la procédure de saisie, que les créanciers à hypothèque légale pourraient avoir intérêt à invoquer contre lui.

Lorsque les hypothèques sont purgées par l'adjudication, on s'est demandé si la purge devait être considérée comme résultant du jugement d'adjudication, ou seulement de sa transcription. Nous croyons, avec Glasson, que la question ainsi formulée n'est pas bien posée, et que l'on doit dire que « l'effet de la purge est attaché à la fois au jugement et à la transcrip-

tion avec effet rétroactif. En d'autres termes, le jugement emporte purge, mais à la condition d'être transcrit dans les quarante-cinq jours. Cette transcription produit alors effet rétroactif du jour du jugement. Une fois les quarante-cinq jours expirés, la transcription tardive ne saurait emporter purge [1] ».

Quel est exactement l'effet extinctif produit par la purge ? L'hypothèque est anéantie quant au droit de suite, mais elle survit quant au droit de préférence. Ce droit sera exercé lors de la procédure d'ordre qui sera ouverte après l'adjudication pour la libération de l'adjudicataire et la distribution des deniers. Le fait de n'avoir pas produit dans les délais est une cause de déchéance pour le créancier. Dans le cas d'ordre amiable, la production doit être faite avant la clôture de cet ordre.(Art. 717 Code de procédure.) Dans le cas où l'ordre est judiciaire, la production doit être faite dans les quarante jours qui suivent la dernière sommation de produire faite par le poursuivant [2].

Parmi les incidents de la saisie immobilière, l'un des plus fréquents est la conversion de la saisie en vente volontaire. L'adjudication qui

1. Glasson, *Précis de procédure civile*, p. 317.
2. Cass., 24 juillet 1905 (D. 1906, 1, 118).

suit cette conversion a-t-elle pour effet de purger les hypothèques ?

Il convient de distinguer alors suivant que la conversion a eu lieu avant que les créanciers hypothécaires aient été liés à la saisie ou après qu'ils y sont devenus parties. Dans le premier cas, l'adjudication n'aura pas pour effet de purger les hypothèques. L'une des raisons qui ont permis au législateur de considérer les hypothèques comme purgées au cas de saisie immobilière, à savoir, l'obligation pour le poursuivant d'appeler les créanciers à la procédure, fait ici complètement défaut. L'adjudication n'est pour eux qu'une *res inter alios acta*, qui ne peut produire d'effet à leur égard. Au contraire, quand la conversion n'a lieu qu'après la mise en cause des créanciers hypothécaires, il y a lieu d'assimiler l'effet de l'adjudication sur conversion, au point de vue de la purge, à l'effet de l'adjudication sur saisie.

Une question analogue, au sujet de la purge, s'est posée dans l'hypothèse de l'adjudication après faillite. Cette adjudication a-t-elle pour effet d'éteindre les hypothèques pouvant exister sur l'immeuble.

En faveur de la négative, on allègue que les créanciers hypothécaires ne sont pas liés à la procédure. On ne trouve pas ici l'organisation

instituée par la loi pour inviter les créanciers à surveiller la saisie immobilière. Ils ne sont pas parties dans l'instance, et, par suite, le jugement ne peut produire effet à leur égard.

Il nous semble cependant que le jugement d'adjudication après faillite purge les hypothèques. La principale raison paraît être que la grande publicité qui entoure la faillite peut être considérée comme suffisante pour remplacer les sommations adressées aux créanciers, ou autres mesures de publicité qui accompagnent la saisie immobilière. D'ailleurs, l'art. 573 C. com. paraît ne prévoir comme possible qu'une sorte de surenchère : « La surenchère après adjudication des « immeubles du failli sur la poursuite des syn- « dics n'aura lieu qu'aux conditions et dans les « formes suivantes. » C'est donc qu'il n'est possible de recourir qu'à la surenchère du droit commun, et non à la surenchère spéciale de la purge. L'adjudication après faillite opère donc par elle-même la purge des hypothèques pouvant exister sur l'immeuble.

Toutefois, on a fait remarquer avec raison que, même dans cette seconde opinion, l'adjudicataire devra procéder à la purge des hypothèques légales. Les formalités de cette purge ont en effet un double but : d'une part, avertir les créanciers de s'inscrire sur l'immeuble, afin

de sauvegarder leurs droits et, au besoin, les faire valoir dans la procédure d'ordre ; d'autre part, mettre ces créanciers en demeure d'opter entre l'acceptation des offres qui leur sont faites et la surenchère. Or, sans doute, il est admis que les formalités de la purge des hypothèques légales ne peuvent avoir ce second but, puisque, par l'adjudication, ces hypothèques sont purgées, et que le prix se trouve établi d'une manière définitive. Mais, si les créanciers ne peuvent ainsi former une surenchère après purge, ils doivent être appelés à faire valoir leurs droits sur le prix définitivement fixé. De là, la nécessité de remplir, en ce qui les concerne, les formalités de la purge légale.

La question de la purge des hypothèques se présente encore à propos des ventes avec surenchère. Le jugement d'adjudication qui suit la surenchère a-t-il pour effet de purger les hypothèques existant sur l'immeuble ?

Il faut faire à cette question une réponse affirmative. D'une part, on ne peut douter que ce jugement purge les hypothèques, quand la première adjudication avait déjà pour effet de produire cette purge. Le nouveau jugement, qui remplace le premier, entraîne nécessairement le même effet. D'autre part, il faut encore admettre qu'il y a purge, même quand le premier jugement

ne l'opérait pas par lui-même. Une nouvelle purge pourrait en effet donner lieu à une nouvelle surenchère. Or la loi a voulu éviter cette suite de procédures onéreuses. On peut donc poser en principe que tout jugement d'adjudication sur surenchère a pour effet de produire la purge des hypothèques.

Est-ce à dire cependant que l'adjudicataire ne devra pas remplir les formalités de la purge légale ? Il faut à ce point de vue distinguer.

Il est certaines ventes sur surenchère après lesquelles cette purge sera nécessaire, parce que, quoique les hypothèques soient purgées, il y a lieu d'inviter les créanciers munis d'une hypothèque légale non inscrite à prendre une inscription pour sauvegarder leurs droits sur le prix. Sans doute, ils ne pourront plus porter de surenchère ; mais, sur l'avertissement qui leur sera donné, ils pourront prendre leur inscription. C'est le même motif que celui que nous avons déjà donné pour justifier la nécessité d'une purge légale après faillite,et le recours à la purge légale sera ainsi nécessaire après toutes les ventes sur surenchère au cours desquelles les créanciers à hypothèque légale n'auraient pas été liés à la procédure. Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas où l'acquéreur amiable n'a fait qu'une purge

inscrite suivie de surenchère. L'adjudicataire doit purger les hypothèques légales. Il en est encore ainsi, par exemple au cas de surenchère du sixième sur aliénation volontaire. L'adjudicataire est protégé contre les créanciers inscrits, dont les droits sont purgés de plein droit ; mais il pourrait être tenu de payer une seconde fois, s'il acquittait son prix sans avoir averti les créanciers munis d'une hypothèque légale par la purge légale.

Au contraire, aucune purge légale n'est prescrite quand l'adjudication sur surenchère termine une procédure à laquelle les créanciers à hypothèque légale avaient été appelés. L'exemple le plus caractéristique de cette procédure est celle qui aboutit à un jugement d'adjudication sur surenchère après saisie. Dans ce cas, les créanciers à hypothèque légale, appelés à la procédure par sommations ou annonces judiciaires, ne pourraient plus inquiéter l'adjudicataire, sous prétexte qu'ils n'auraient pas été prévenus par une purge légale de la situation nouvelle qui leur est faite.

Que décider d'une adjudication sur folle enchère? Cette adjudication, tout au moins quand celle qui a précédé n'emportait pas purge par elle-même, a-t-elle pour effet de purger les hypothèques ?

La jurisprudence est fixée dans le sens de la négative. On fait remarquer que le droit de surenchérir est un droit spécial, qui est accordé aux créanciers hypothécaires par la loi et que, seul, un texte pourrait leur enlever. Or il n'y a pas de disposition légale qui prive les créanciers hypothécaires du droit de surenchérir après une adjudication sur folle enchère. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas cru pouvoir leur refuser ce droit. L'adjudicataire est donc tenu de purger pour que les créanciers hypothécaires aient, si bon leur semble, le moyen de l'exercer.

Enfin, à côté de l'adjudication sur folle enchère, il est d'autres adjudications qui n'ont jamais eu pour effet d'entraîner la purge. Ce sont les adjudications sur aliénation volontaire, dont voici l'énumération : adjudications de biens appartenant, soit à une succession indivise, bénéficaire ou vacante, soit à des mineurs ou à des interdits, soit à une femme dotale. Il a toujours été admis que ces adjudications ne purgeaient ni les hypothèques inscrites ni les hypothèques occultes.

CHAPITRE III

PURGE DES HYPOTHÈQUES DISPENSÉES D'INSCRIPTION

Un mode d'extinction des hypothèques a été réglementé par le législateur avec un soin particulier : c'est la purge des hypothèques.

La purge des hypothèques dispensées d'inscription est soumise à des règles particulières. Ces particularités s'expliquent par cette double considération : 1° que ces hypothèques sont occultes ; 2° qu'elles garantissent des créances incertaines dans leur quotité.

Nous devons examiner brièvement les règles propres à la purge de ces hypothèques.

Recherchons :

1° Quelles formalités spéciales suppose la purge de ces hypothèques ?

2° Quels effets elle produit ?

3° Comment se règlent les droits de la femme, des mineurs et des interdits ?

4° Quelles critiques appelle cette organisation ?

5° Quelles sont les règles spéciales de la purge du Crédit foncier ?

I

Les hypothèques dispensées d'inscription, c'est-à-dire les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits sont purgées d'après la procédure normale de la purge, c'est-à-dire d'après la procédure organisée au chapitre VIII du titre des privilèges et hypothèques, lorsque ces hypothèques, bien que dispensées d'inscription, ont néanmoins été inscrites.

Les mêmes règles s'appliquent encore à ces hypothèques aux cas où elles auraient dû être inscrites, c'est-à-dire si, au moment où la purge s'est effectuée, la dispense d'inscription a cessé par l'expiration du délai d'un an à dater de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle.

Ces formalités spéciales, prévues au chapitre IX du titre des privilèges et hypothèques, s'appliquent aux hypothèques précitées lorsque, effectivement, elles n'ont pas été inscrites c'est que, en raison du caractère occulte de ces hypothèques, les formes ordinaires deviennent inapplicables. Il a fallu organiser une autre procédure,

afin que l'acquéreur sache à qui et où il doit faire des offres.

Elle est la procédure qui était employée au temps où toutes les hypothèques étaient occultes. C'est le système de l'édit de 1771.

Le chapitre IX oblige l'acquéreur qui a déjà transcrit son contrat à lui donner une plus grande publicité que celle de la transcription. Et cette publicité sert de point de départ à un délai de deux mois pendant lequel les hypothèques dispensées d'inscription doivent être inscrites.

On connaît les mesures de publicité qui ont été ainsi exigées par le législateur. Elles sont édictées par l'art. 2194 C. civ. L'acquéreur doit déposer au greffe du Tribunal civil une copie dûment collationnée du titre d'acquisition. Un extrait de cet acte est affiché dans l'auditoire du tribunal, et y demeure pendant deux mois. En outre, si l'incapable qui a hypothéque sur l'immeuble est connu, on lui notifie le dépôt fait au greffe, à lui ou à ses représentants.

Il importe de remarquer que, si la purge est dirigée contre une femme mariée, c'est à elle, et non au mari, que la signification du dépôt de l'acte translatif de propriété effectué au greffe doit être faite [1]. Cette solution se justifie par

1. Aubry et Rau, III, § 295, p. 542. — Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, IV, n° 2145, p. 412.

la lettre même de la loi ; l'art. 2194 précise, en effet, que l'acte doit être signifié à la femme. Ajoutons qu'elle est conforme au but que le législateur a poursuivi, puisqu'il a voulu prévenir la femme elle-même du danger que l'aliénation de l'immeuble grevé fait courir à ses intérêts. Et cependant, la femme peut, en fait, n'être pas avertie parce que, suivant la règle générale édictée par l'article 68 du Code de procédure civile, les significations peuvent être faites à personne ou à domicile, et qu'en particulier, la signification dont s'agit peut être faite au domicile conjugal, parlant à la personne du mari, et cela même si la femme est séparée de biens [1]. Ce n'est pas en qualité de mari et comme administrateur des biens de sa femme que le mari reçoit cette notification. Par conséquent, il peut la recevoir lors même que la femme aurait poursuivi et obtenu sa séparation de biens. D'autre part, l'huissier qui fait la signification à la femme n'est pas tenu de remettre, comme il le fait le plus souvent en pratique, une copie au mari. Aucun texte n'impose cette précaution, et la femme n'a pas besoin du consentement de son mari pour requérir inscription de son hypothèque [2].

1. Cass., 14 juillet 1830 (S. 31, 1, 54). — Guillouard, *op. cit.*, n° 2145, p. 412.

2. André, *Traité pratique du régime hypothécaire*, n° 1268. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. III, n° 2540.

S'agit-il d'un mineur, la notification prévue par l'art. 2194 doit être faite à son subrogé tuteur. Si le mineur a été émancipé, elle doit être faite, non seulement à lui, mais encore à son curateur ; car la purge est un acte grave, et la procédure de la purge ne saurait être valablement dirigée contre le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur. Cette dernière règle s'applique à la femme mineure émancipée par son mariage. La signification prescrite par l'art. 2194 doit être faite, non seulement à la femme mineure, mais encore à son mari. La question s'est posée de savoir si l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari ne devait pas faire la notification à un tuteur nommé *ad hoc*, plutôt qu'au mari. Il est certain que le mari a des intérêts opposés à ceux de la femme, parce qu'il est intéressé à ce qu'aucune inscription ne soit prise sur l'immeuble [1]. Néanmoins, la doctrine n'exige pas la nomination d'un tuteur *ad hoc*. Cette nécessité existe seulement lorsqu'il s'agit d'un consentement à donner par l'incapable, à l'occasion d'un contrat ou d'un procès. Elle n'existe point pour l'accomplissement d'un simple acte conservatoire comme l'inscription d'une hypothèque, que la mineure a qualité pour faire seule [2].

1. Lyon-Caen, note dans S. 76, 1, 314.

2. Dalmbert, *Purge des privilèges et hypothèques*, n° 168. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n° 2550, p. 715.

Ces formalités constituent une sorte de mise en demeure adressée à l'incapable, qui était jusqu'alors dispensé d'inscrire son hypothèque, de faire apparaître cette hypothèque par l'inscription. Elles doivent toujours être accomplies lorsque l'acquéreur connaît les créanciers ayant une hypothèque occulte. A la vérité, il se peut qu'il ignore l'existence des hypothèques dispensées d'inscription qu'il veut purger. Dans ce cas, il doit recourir à une procédure qui n'est pas prévue dans le Code civil. La pratique a admis, après la promulgation de ce Code, qu'il devait alors adresser une signification au procureur impérial. Puis, un avis du Conseil d'Etat des 9 mai-1er juin 1807 a précisé ses obligations. L'acquéreur doit d'abord adresser une signification au procureur de la République, dans laquelle il déclarera, « que ceux du chef desquels il pourrait être formé des inscriptions pour raison d'hypothèques légales existant indépendamment de l'inscription n'étant pas connus, il fera publier la susdite signification dans les formes prescrites par l'art. 683 du Code de procédure civile ». (Aujourd'hui, art. 696.) En outre, l'acquéreur doit faire effectivement cette publication dans un journal publié dans le département où sont situés les biens.

A partir de l'accomplissement de ces diverses obligations, un délai de deux mois commence à courir, pendant lequel l'incapable doit prendre inscription.

II

Les effets de la purge des hypothèques dispensées d'inscription sont déterminés par certaines règles spéciales que nous devons rapidement énumérer.

Notons tout d'abord que, dans le cas où l'hypothèque a été inscrite dans le délai de deux mois, l'incapable la conserve en entier, à la fois quant au droit de suite et quant au droit de préférence. Ainsi le décide l'art. 2195 C. civ.

A la vérité, ce texte manque de clarté, en sorte que des difficultés sont nées à l'occasion de son application. Il ne confirme pas formellement le droit pour le créancier de surenchérir, en sorte que ce droit a été contesté pendant longtemps au titulaire d'une hypothèque légale. Mais la faculté de surenchérir doit lui être reconnue car elle n'est pas, comme certains auteurs l'ont prétendu, un droit exceptionnel : elle est une manifestation du droit de suite attaché à toute hypothèque, et la loi n'avait pas à le concéder expressément aux créanciers hypothécaires non inscrits [1].

1. Caen, 23 août 1839 (S. 40, II, 211).

A tout le moins ne doit-on pas admettre que le délai accordé aux créanciers hypothécaires non inscrits n'est pas le même que le délai accordé aux créanciers hypothécaires inscrits ? Il semble que, sur ce point, il y ait lieu de reconnaître l'existence d'une règle spéciale, et que le délai ne soit pas celui de quarante jours, qui est accordé pour l'exercice du droit de surenchère par les articles 2183 et suivants. Certaines décisions de jurisprudence [1] ont, il est vrai, affirmé qu'une fois l'inscription prise, l'acquéreur était obligé de procéder à la purge strictement dans la forme prévue par les articles 2183 et suivants pour les hypothèques inscrites; qu'il fallait donc faire aux créanciers qui se sont inscrits des offres et notifications, puis attendre, pendant un nouveau délai, qui serait de quarante jours, leur décision. Néanmoins, cette théorie n'a pas triomphé. Le chapitre IX (art. 2193-2195), intitulé « Du mode de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscription sur les biens du mari et des tuteurs », prescrit en réalité une procédure qui se suffit à elle-même, et nulle part, la loi n'indique qu'il doive être complété par les dispositions du chapitre précédent. Par conséquent, à défaut

1. Limoges, 9 avril 1845 (S. 45, II, 577 ; D. 45, II, 12). — Duranton, *Droit civil*, XX, n° 423.

d'autre délai qui soit fixé par lui, la surenchère doit être formée dans le délai de deux mois, accordé pour prendre inscription [1]. Il y a donc lieu de remarquer qu'un seul et même délai de deux mois est accordé aux créanciers pour s'inscrire et pour surenchérir, au lieu du délai normal de quarante jours.

Une autre règle exceptionnelle s'applique encore, qui mérite d'être signalée, en vertu de laquelle les hypothèques occultes qui ont été inscrites en conformité des art. 2194 et 2195 C. civ. ne sont pas sujettes à la péremption décennale, et n'ont pas besoin d'être renouvelées avant l'expiration de ce délai. Cette solution est admise sans difficulté dans l'hypothèse où le mariage n'est pas dissous, et dans celle où la tutelle n'a pas cessé pendant cette période de temps. Il faut dire, croyons-nous, que cette dispense de renouvellement existe encore lorsqu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. Objectera-t-on l'existence de ce principe du droit commun que l'inscription de toute hypothèque est soumise à la nécessité du renouvellement [2], nous répon-

1. Cass., 1er mars 1870 (S. 70, 1, 193 ; D. 70, 1, 262). — Aubry et Rau, III, § 295, p. 544. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, IV, n° 2154.

2. Aubry et Rau, III, § 280, p. 386.

drons que, dans les rapports de l'incapable avec l'acquéreur et les autres créanciers hypothécaires du vendeur, il serait sans intérêt d'exiger cette formalité. Entre ceux-ci, la valeur de l'immeuble ne peut plus être mise en discussion. Elle n'aurait d'intérêt et ne serait nécessaire alors que si l'incapable invoquait le bénéfice de son hypothèque légale à l'encontre de sous-acquéreurs et de créanciers hypothécaires de l'acheteur [1].

Les effets de la purge des hypothèques dispensées d'inscription diffèrent profondément de ceux produits par la purge des hypothèques inscrites, dans le cas où aucune inscription de l'hypothèque légale n'a été prise dans le délai légal.

Alors l'immeuble est définitivement affranchi du droit de suite de ces créanciers. L'immeuble est libéré de toute hypothèque occulte, sauf le recours de la femme ou de l'incapable en tutelle, contre son mari ou contre son tuteur, qui a négligé de faire inscrire l'hypothèque comme il aurait dû.

Toutefois, ces créanciers conservent leur droit de préférence sur le prix. A la vérité, cette sur-

1. Dalmbert, *Purge des privilèges et hypothèques*, p. 305, note 19. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n° 2578.

vivance du droit de préférence a été longtemps discutée. Si les cours d'appel et la doctrine, en majorité conservaient le droit de préférence au cas où aucune inscription d'hypothèque occulte n'avait été prise dans le délai légal, la Cour de cassation jugeait, au contraire, que l'hypothèque non inscrite était totalement perdue. Le maintien du droit de préférence n'a cessé d'être discuté que depuis la promulgation de la loi du 21 mai 1858, qui a modifié le titre XIV du Code de procédure civile, dont l'article 772, § 5, est ainsi rédigé : « Les créanciers à hypothèques légales « qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques « dans le délai fixé par l'art. 2195 du Code Napo- « léon (Code civil), ne peuvent exercer le droit « de préférence sur le prix qu'autant qu'un ordre « est ouvert dans les trois mois qui suivent l'ex- « piration de ce délai, et sous les conditions déter- « minées par la dernière disposition de l'art. « 717. »

Il résulte de cette disposition que l'incapable dont l'hypothèque légale n'a pas été inscrite en temps voulu, peut encore intervenir dans la procédure d'ordre pour se faire colloquer à son rang, au préjudice des autres créanciers.

III

Le règlement des droits des incapables, dans la procédure d'ordre, présente des difficultés particulières, à raison de ce fait que certains d'entre eux sont indéterminés. Il importe de préciser les règles que la pratique a adoptées pour que ces droits soient assurés.

En ce qui concerne les droits des femmes mariées, la situation présente une complexité et une difficulté particulières, non seulement parce que leurs créances sont souvent indéterminées, conditionnelles, mais encore parce que leur hypothèque n'a pas une date unique. Pour certaines créances, l'hypothèque prend rang à la date de la célébration du mariage, encore qu'elles résultent souvent de faits postérieurs à cette célébration, postérieurs même à la clôture de l'ordre, comme peut l'être, par exemple, une faute d'administration. D'autre part, il est des créances à raison desquelles l'hypothèque de la femme ne prend rang qu'à une date postérieure à la célébration. L'art. 2135 C. civ. précise que la femme n'a d'hypothèque, pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour

que les donations ont leur effet. Le même texte ne fait remonter l'hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'au jour de l'obligation ou de la vente.

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

Il est possible d'abord que l'hypothèque de l'incapable se trouve primée par d'autres hypothèques qui l'empêchent de venir en rang utile. Aux termes de l'art. 2195 C. civ., s'il existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en partie, l'acquéreur sera libéré du prix ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers placés en ordre utile, et les inscriptions prises du chef de l'incapable seront rayées, ou en totalité, ou jusqu'à due concurrence.

Supposons, au contraire, que les créances de l'incapable viennent en un rang préférable. Dans ce cas, l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement à son préjudice ; mais plusieurs situations peuvent encore se présenter, et il sera procédé différemment, suivant les circonstances.

Il est possible que l'incapable ait contre le mari ou le tuteur des créances certaines et actuellement exigibles. Il peut alors obtenir, non seulement sa collocation, mais encore un paiement immédiat. Supposons, par exemple, que le prix d'un propre aliéné soit dû à la femme ou qu'elle

ait payé une dette du mari. « Dans ces diverses hypothèses, dit M. Guillouard [1], elle est créancière actuelle, mais son droit peut disparaître lors de la liquidation, si son mari a des récompenses à exercer contre elle. La femme pourra alors, en invoquant elle-même l'art. 1180, que nous citions tout à l'heure, dans l'intérêt des créanciers auxquels elle est préférable, demander une collocation immédiate à son profit ; mais elle ne pourra en toucher le montant qu'au jour où ses droits seront devenus définitifs par la liquidation de ses reprises, à moins qu'elle ne donne caution, auquel cas elle pourrait recevoir provisoirement ce prix [2]. » Elle pourrait même toucher sans délai le montant de sa collocation si elle était séparée de biens [3].

D'autre part, les incapables ont souvent des créances qui ne sont pas actuellement exigibles et dont le chiffre dépend du compte à faire à la dissolution du mariage ou de la communauté ou à la fin de la tutelle.

S'agit-il d'un mineur ou d'un interdit, on autorise les créanciers à toucher immédiatement ce qui leur revient, sauf à exiger d'eux une ga-

1. Guillouard, *op. cit.*, iv, n° 2158, p. 423.
2. Cass., 19 nov. 1872 (S. 73, 1, 193 ; D. 73, 1, 38). — Agen, 17, déc. 1866 (D. 67, ii, 56).
3. Aubry et Rau, *op. cit.*, iii, n° 295 et note 18, p. 546.

rantie hypothécaire ou une caution pour lui assurer la restitution éventuelle de ces sommes.

La femme a également beaucoup de créances dont on ne peut fixer d'avance la quotité, ou même dont l'existence est conditionnelle. Il n'est pas sûr qu'elle puisse en exiger le montant au jour de la dissolution du mariage. Soit, par exemple, le cas où elle a cautionné son mari : si celui-ci est solvable actuellement, on ne saurait prévoir s'il paiera lui-même , au jour fixé par le contrat, ses créanciers. On peut supposer encore que la femme a aliéné un de ses propres dont le mari n'a pas encore touché le prix. Dans ces cas, les créanciers postérieurs à la femme toucheront provisoirement, mais devront fournir des garanties en vue d'une restitution éventuelle.

Beaucoup d'auteurs exigent qu'une caution soit fournie, à raison de la longueur du temps à attendre, et afin d'assurer une protection efficace à la femme. Faute par ces créanciers postérieurs de fournir une garantie suffisante, l'acquéreur, qui ne saurait être contraint de conserver le prix entre ses mains, sera admis à le verser à la Caisse des dépôts et consignations [1].

1. Cass., 2 janv. 1838 (S. 38, 1, 560). — Paris, 30 juin 1853 (S. 55, II. 177; D. 55, II, 356). — Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, IV, n° 993. — Aubry et Rau, III, § 295 et n° 20, p. 547. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n° 2572. — Guillouard, *op. cit.*, IV, n° 2159.

Quant aux créances de la femme qui pourraient prendre naissance après la clôture de l'ordre, et qui ne constituent qu'une éventualité, la femme ne peut obtenir de ce chef aucune collocation, même provisoire. Cette solution, qui n'est contestée ni en doctrine ni en jurisprudence, est aisée à justifier pour toutes les créances qui ne sont garanties par l'hypothèque qu'à un rang postérieur à celui des créanciers produisant à l'ordre. Mais toutes les créances éventuelles auxquelles l'hypothèque garantit un rang antérieur doivent figurer sur la collocation provisoire, si elles sont seulement rendues vraisemblables par un fait actuel. Ainsi, certains actes d'administration du mari, tels que l'aliénation d'objets mobiliers, justifieront une demande de collocation, et il appartiendra au juge de déterminer la somme à consigner[1].

Telles sont les conditions dans lesquelles les droits de l'incapable doivent être réglés et son hypothèque purgée. Si cette hypothèque appartient à des créanciers subrogés, la purge s'opère dans les mêmes conditions. M. Guillouard fait toutefois remarquer qu'à certains points de vue, la situation de ces créanciers est plus avantageuse que celle de la femme. En effet, s'ils ont

1. Aubry et Rau, III, § 295, note 16, p. 546.

la femme et le mari pour coobligés, ils peuvent obtenir une collocation actuelle pour le montant de la créance due par le mari à la femme, tandis que celle-ci n'obtiendrait de ce chef qu'une collocation provisoire. D'autre part, alors que la femme n'est pas séparée de biens et ne saurait toucher le montant des collocations actuelles qu'elle obtiendrait, ils peuvent se faire autoriser à recevoir immédiatement ces sommes [1].

IV

De nombreuses critiques ont été formulées contre cette organisation de la purge des hypothèques légales. C'est qu'il était particulièrement malaisé pour le législateur d'organiser un système qui, à la fois, assurât une protection suffisante des droits de la femme, et sauvegardât les intérêts des tiers.

Il est vrai de dire que les formalités prescrites par le Code civil sont une cause de frais et de lenteurs très préjudiciables. En outre, elles sont d'autant moins efficaces qu'un avis du Conseil d'Etat des 9 mai-1er juin 1807 a donné aux acquéreurs un moyen de se dispenser de toutes recherches pour atteindre et avertir l'incapable. Tandis

1. Guillouard, *op. cit.*, iv, nº 2161, p. 425.

que le législateur avait prévu que le tiers acquéreur connaissait les personnes pourvues d'hypothèques légales, on faisait les démarches nécessaires pour les découvrir et leur envoyer les notifications individuelles prévues par l'art. 2194, cet avis a précisé les formalités à employer pour le cas où l'incapable est inconnu. Depuis lors, l'acquéreur a tendance à employer ces formalités simplifiées. Il lui suffit de déclarer, dans la notification envoyée au ministère public, que les créanciers à hypothèque occulte ne lui sont pas connus, et d'insérer, dans les journaux chargés des annonces judiciaires, les notifications qu'il devrait leur faire personnellement, s'il les connaissait. Mais cette publicité par la voie de la presse est tout à fait insuffisante [1]. Lors même que l'acquéreur connaîtrait l'incapable pourvu d'un hypothèque légale, nous avons remarqué précédemment qu'il n'était pas astreint à faire à la personne de la femme la notification légale. Il peut la faire au domicile conjugal, parlant à la personne du mari. Par ces motifs, la grande majorité des hypothèques occultes sont

1. Pour remédier, dans une certaine mesure, à ces inconvénients, la jurisprudence décide que la purge ainsi pratiquée doit être considérée comme irrégulière quand les créanciers, à hypothèque occulte étaient en réalité connus de l'acquéreur ou pouvaient être facilement connus de lui. (Pau, 23 juin 1884, (D. 85, II, 253.)

purgées sans que ceux qui les possèdent, ni même souvent leurs représentants, aient eu connaissance de la purge. M. Dalmbert résume ainsi ses critiques : « D'une part, le dépôt au greffe, l'affiche et l'exposition du contrat portent très rarement l'aliénation de l'immeuble à la connaissance des parties intéressées, et, d'autre part, la signification à faire à la femme et au procureur de la République est également insuffisante pour protéger les intérêts des incapables. Une réforme nous paraît donc désirable, et, pour la mener à bonne fin, il suffirait de prendre pour modèle les formalités édictées par la loi du 10 juin 1853, et relatives à la purge des hypothèques légales instituées en faveur des sociétés de Crédit foncier [1]. »

Non seulement la procédure de la purge des hypothèques occultes présente des vices de forme très graves, mais encore elle a des vices de fond auxquels il sera plus malaisé encore pour le législateur de remédier. Elle entraîne l'immobilisation de sommes considérables, et constitue une entrave très grave aux transactions. Il en est ainsi au cas où la femme obtient une collocation définitive, mais où elle ne peut, n'étant

1. Dalmbert, *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme*, p. 283.

pas séparée de biens, en toucher le montant, en sorte que les fonds doivent être consignés. Il en est ainsi dans le cas encore où la femme fait valoir des droits conditionnels en sorte que les fonds doivent être consignés en attendant le règlement définitif de l'ordre.

V

Nous devons dire un mot, dans ce chapitre, de la purge du Crédit foncier, telle qu'elle est organisée pour les hypothèques occultes. Cette purge, qui a été organisée par le décret-loi du 28 février 1852 et par la loi du 10 juin 1853 est une institution spéciale, dont les règles pourraient, suivant certains auteurs, être étendues à toute purge des hypothèques dispensées d'inscription.

Il importe de rappeler tout d'abord que ces lois n'autorisent pas le Crédit foncier à purger véritablement puisqu'elles ne lui donnent pas le pouvoir de rembourser malgré eux les créanciers et de leur enlever leurs hypothèques. Le Code civil n'avait donné ce pouvoir qu'aux acquéreurs d'un immeuble hypothéqué. Voici exactement ce que le législateur a fait depuis lors, et quelle procédure exactement il a organisée dans l'intérêt du Crédit foncier.

Afin d'assurer à la société du Crédit foncier une première hypothèque, il a organisé une procédure grâce à laquelle cet établissement ne peut rembourser les créanciers et leur enlever leur hypothèque, mais peut du moins : 1° rembourser les créanciers hypothécaires inscrits, à cette double condition que leurs créances soient échues ou qu'ils consentent à recevoir le paiement par anticipation, et que la somme prêtée par la société soit suffisante pour désintéresser tous les créanciers inscrits ; 2° faire apparaître les hypothèques occultes.

On voit qu'il existe une purge particulière du Crédit foncier, dont l'intérêt principal est de faire apparaître les hypothèques dispensées d'inscription qui pourraient un jour se révéler et primer ses droits.

Nous devons préciser les formes et les effets de cette purge.

Les formalités varient suivant qu'il s'agit d'hypothèques occultes connues ou inconnues.

Soit d'abord la purge des hypothèques occultes connues. Il faut entendre, par ces termes, les hypothèques dont l'existence a été révélée à la Société du Crédit foncier prêteur, soit par les états d'inscription, soit par l'examen des titres de propriété, soit même par une déclaration du créancier.

Point n'est besoin que la Société dépose, au greffe du tribunal civil, une copie dûment collationnée du titre d'acquisition, ni qu'un extrait de cet acte soit affiché dans l'auditoire du tribunal et y demeure pendant deux mois. La loi du 10 juin 1853 n'a pas reproduit les exigences de l'art. 2194 C. civ.

Les articles 19 et 20 du décret du 28 février 1852, modifiés par la loi des 10-15 juin 1853, exigent seulement la signification d'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque au profit de la Société. « L'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque contient, sous peine de nullité, la date du contrat, les nom, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la situation de l'immeuble, ainsi que la mention du montant du prêt. Il contient en outre l'avertissement que, pour conserver vis-à-vis de la Société de Crédit foncier le rang de l'hypothèque légale, il est nécessaire de la faire inscrire dans les quinze jours, à partir de la signification, outre les délais de distance. »

Cet extrait, dit l'art. 19, doit être notifié à la femme et au mari, au tuteur et au subrogé tuteur du mineur ou de l'interdit, au mineur émancipé et à son curateur.

Il est à remarquer que la loi a pris des précautions spéciales au cas où l'hypothèque légale

que la Société veut purger appartient à un incapable actuellement soumis à l'autorité de celui dont les biens sont grevés et qui veut emprunter. Pour protéger la femme plus particulièrement, il exige que la signification soit faite, dans cette hypothèse, à la personne de la femme. Toutefois, la signification au domicile serait suffisante, si la femme avait été présente au contrat de prêt, si elle avait été avertie par le notaire de l'obligation où elle se trouvait, pour conserver son hypothèque légale, de l'inscrire dans les quinze jours à dater de la signification, et si l'acte de prêt faisait mention de ces avertissements.

Dans le but de protéger la femme, ne convient-il pas en outre de décider que, s'il s'agit de purger l'hypothèque légale d'une femme mariée en état de minorité, la signification doit être faite, non seulement à elle-même et au mari, mais encore à un tuteur *ad hoc*. Cette question est la même que nous avons rencontrée précédemment en parlant de l'application des art. 2194 et 2195 du Code civil. Nous adopterons la solution que nous avions alors acceptée. La Cour de cassation admet qu'il suffit de faire la signification à la femme et au mari[1].

Les formalités de la purge des hypothèques

1. Cass., 8 février 1876 (S. 76, 1, 135 ; D. 76, 1, 157). — Cass., 24 juin 1878 (D. 79, 1, 54).

légales inconnues sont différentes. Ces hypothèques sont celles appartenant à des créanciers qui sont inconnus à la Société du Crédit foncier.

L'art. 24 du décret de 1852, modifié par la loi de 1853, exige qu'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque soit notifié au procureur de la République près le tribunal de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble. Il ordonne en outre que cet extrait soit inséré, avec la mention des significations faites, dans l'un des journaux désignés pour la publication des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé.

La loi donne un délai de quarante jours, à compter de l'insertion dans les journaux, aux créanciers inconnus pour s'inscrire. Ce délai est-il susceptible d'augmentation à raison de la distance ? Nous ne le croyons pas, parce que la loi ne prend pas soin de le décider, comme elle le fait pour les hypothèques des créanciers connus. D'autre part, ce serait admettre l'augmentation des délais d'un nombre de jours qu'il serait impossible de prévoir à l'avance, puisqu'il s'agit d'hypothèques inconnues, et ainsi, rendre moins sûres et moins promptes des opérations auxquelles le législateur a voulu assurer toute sécurité et une grande rapidité [1].

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n° 2593, p. 747. — *Contra :* Josseau, *Traité du Crédit foncier*, I, p. 404.

DEUXIÈME PARTIE

Des causes d'extinction spéciales aux hypothèques dispensées d'inscription.

Dans les chapitres précédents, nous avons envisagé les modes d'extinction des hypothèques dont l'application aux hypothèques dispensées d'inscription a été soumise, par le Code civil ou les lois postérieures, à des règles particulières.

Il est d'autres modes d'extinction qui sont propres aux hypothèques dispensées d'inscription.

Il importe d'étudier tout d'abord la réduction des hypothèques dispensées d'inscription. C'est là un mode d'extinction partielle de ces hypothèques, parce qu'il affranchit certains immeubles du mari ou du tuteur qui en sont grevés.

Objectera-t-on que toute hypothèque est susceptible de réduction, et que ce mode d'extinc-

tion n'est pas particulier aux hypothèques dispensées d'inscription ? Il est vrai que toute inscription hypothécaire peut être réduite par le créancier dont elle garantit les droits, à condition que celui-ci soit capable de disposer de ses droits réels immobiliers : il a la faculté de renoncer aux sûretés qu'il a lui-même stipulées et, à plus forte raison, le droit de consentir à les diminuer. D'autre part, l'art. 2161 C. civ. décide : « Toutes les « fois que les inscriptions prises par un créancier « qui, d'après la loi, aurait le droit d'en prendre « sur les biens présents ou sur les biens à venir « d'un débiteur, sans limitation convenue, se- « ront portées sur plus de domaines différents « qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, « l'action en réduction des inscriptions ou en « radiation d'une partie, en ce qui excède la « proportion convenable, est ouverte au débi- « teur. » Ainsi, la loi organise la réduction conventionnelle des hypothèques et, en outre, la réduction judiciaire de certaines hypothèques légales.

Toutefois, le législateur a organisé un système tout particulier pour la réduction des hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées. Une procédure spéciale est prescrite par les art. 2143 à 2145, C. civ. entièrement différente de celle édictée par l'article 2161 pour la réduction

des autres hypothèques légales. Nous verrons qu'il y a lieu de considérer que chacune de ces procédures se suffit à elle-même. Par conséquent, nous considérons que la réduction de ces hypothèques légales, telle que le Code civil l'a instituée, est un mode d'extinction spécial à ces hypothèques.

En second lieu, nous étudierons la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée au cas où le mari est mis en faillite. En effet, le législateur a prescrit, pour le cas de faillite du mari, en vue de préserver les créanciers du failli contre les surprises que l'hypothèque légale de la femme mariée pourrait leur réserver, des mesures qui sont tout à fait spéciales à cette hypothèque. Il s'est montré sévère à l'égard de la femme ; et, non content de réduire le nombre de ses créances garanties par son hypothèque, il a encore réduit le nombre des immeubles qui en sont grevés. La disposition de l'art. 563 C. com. prévoit donc un nouveau cas d'extinction partielle de cette hypothèque.

CHAPITRE Ier

DE LA RÉDUCTION DES HYPOTHÈQUES DISPENSÉES D'INSCRIPTION

L'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit est générale. Par cela même, elle frappe, quel que soit le peu d'importance de la créance de ces incapables, tous les immeubles du mari ou du tuteur. On conçoit qu'il puisse exister une grande disproportion entre l'importance de cette créance et celle du gage hypothécaire, et que la garantie accordée à la femme, au mineur ou à l'interdit soit, dans ces conditions, fort gênante parfois pour le crédit du mari ou du tuteur.

C'est pourquoi le législateur a permis de soustraire, dans certains cas et à certaines conditions, une partie du patrimoine du mari ou du tuteur à l'hypothèque légale. D'une part, il permet de restreindre ou de réduire l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, et, d'autre part, il permet de restreindre ou de réduire celle de la femme mariée.

Occupons-nous tout d'abord de la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée.

I

Nous parlons de restreindre ou de réduire l'hypothèque, parce qu'il existe deux opérations, en réalité fort distinctes et qu'il importe de ne pas confondre. Une seule de ces opérations, la réduction, est un mode d'extinction de l'hypothèque légale de la femme mariée et doit nous occuper.

Quant à la restriction, le Code civil s'exprime en ces termes, art. 2140 : « Lorsque, dans le con-« trat de mariage, les parties majeures sont con-« venues qu'il ne sera pris d'inscription que sur « un ou certains immeubles du mari, les immeu-« bles qui ne seraient pas indiqués pour l'ins-« cription resteront libres et affranchis de l'hy-« pothèque pour la dot de la femme, et pour ses « reprises et conventions matrimoniales. Il ne « pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune « inscription. » Par conséquent, l'hypothèque légale, grâce à la restriction, est diminuée au moment même où elle prend naissance. La restriction est une convention contenue dans le contrat de mariage, par laquelle l'hypothèque légale naît diminuée. Ceci explique pourquoi

nous disions qu'elle n'est pas un mode d'extinction de l'hypothèque, et qu'il ne nous appartient pas d'étudier dans ce travail les règles auxquelles elle est soumise.

Au contraire, la réduction permet de dégrever une partie des biens sur lesquels porte l'hypothèque légale. Elle éteint partiellement l'hypothèque de la femme mariée. Il y aura lieu à réduction lorsque l'hypothèque légale n'a pas été restreinte à l'origine, et que la fortune immobilière du mari est plus que suffisante pour garantir le paiement des créances de la femme.

Pour caractériser cet acte, il ne suffit pas de le distinguer de la restriction ; nous devons encore dire d'un mot en quoi il diffère de la renonciation, qui a été précédemment étudiée. La renonciation suppose le concours de tiers ; elle est un contrat passé entre la femme et des tiers, tandis que la réduction ne suppose l'intervention d'aucun tiers. C'est pourquoi le législateur a considéré que la réduction est un acte particulièrement dangereux. Il l'a entourée de formalités protectrices des intérêts de la femme, afin que celle-ci ne puisse pas, dès le lendemain de son mariage, sous l'influence de son mari, perdre le bénéfice de son hypothèque légale par une manifestation de son seul consentement.

On verra que la réduction n'est pas un contrat comme le serait l'acte passé par un créancier ayant une hypothèque spéciale avec son débiteur, par lequel il consentirait à une diminution de ses garanties, et qu'il peut signer, s'il a la capacité de disposer de ses droits réels mobiliers.

La réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée résulte d'une décision de justice obtenue grâce à une procédure réglementée par la loi. Elle se rapproche donc de la réduction judiciaire organisée par les art. 2161 à 2165, et qui peut être obtenue par un débiteur, soit à raison de l'importance excessive des immeubles grevés, s'il s'agit d'une hypothèque générale, soit à raison de l'évaluation exagérée faite par le créancier du chiffre de sa créance, lorsque le chiffre de la créance était indéterminé. D'ailleurs, la loi a tracé, pour la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, comme pour la réduction de l'hypothèque légale du mineur, des règles qui la différencient profondément de la réduction des autres hypothèques générales.

Nous devons étudier : 1ent les formes de la réduction de l'hypothèque légale ; 2ent les effets de cette réduction.

1ent Les articles 2144 et 2145 C. civ. énumèrent ainsi les formalités de la réduction :

« Pourra pareillement le mari, du consente-
« ment de sa femme, et après avoir pris l'avis
« des quatre plus proches parents d'icelle, réunis
« en assemblée de famille, demander que l'hypo-
« thèque générale sur tous les immeubles, pour
« raison de la dot, des reprises et conventions
« matrimoniales, soit restreinte aux immeubles
« suffisants pour la conservation entière des
« droits de la femme. » (Art. 2144.)

« Les jugements, sur les demandes des maris
« et des tuteurs, ne seront rendus qu'après avoir
« entendu le procureur du roi (procureur de la
« République) et contradictoirement avec lui.
« Dans le cas où le tribunal prononcera la réduc-
« tion de l'hypothèque à certains immeubles,
« les inscriptions prises sur tous les autres seront
« rayées. » (Art. 2145.)

De ces dispositions résulte la nécessité des conditions suivantes pour la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée. Elle suppose :

1° Que les immeubles du mari ont une valeur notoirement supérieure à ce qui est nécessaire pour la sûreté des droits de la femme ;

2° Que l'hypothèque n'a pas été précédemment restreinte par le contrat de mariage ;

3° Que la femme est consentante ;

4° Qu'une assemblée de famille, composée excep-

tionnellement des quatre plus proches parents de la femme, a donné son avis ;

5° Et que la demande a été formée contre le procureur de la République.

1° La première condition ne présentant aucune difficulté spéciale, nous abordons immédiatement l'étude de la deuxième condition.

2° D'après cette deuxième condition, la réduction n'est possible qu'autant que l'hypothèque n'a pas été précédemment restreinte par le contrat de mariage.

Faut-il admettre également qu'une seconde réduction ne saurait être obtenue dans le cas où l'hypothèque aurait été l'objet d'une première réduction au cours du mariage ? Nous ne croyons pas qu'il faille voir là un obstacle à la demande que pourrait introduire le mari. En effet, le texte ne s'oppose pas à ce que deux demandes soient introduites successivement. D'autre part, on comprend que ces demandes successives puissent se justifier, par exemple, lorsque le mari acquiert par succession, postérieurement à la première réduction, des immeubles, en sorte que le gage hypothécaire devient à nouveau excessif pour garantir les créances de la femme.

3° Le consentement de la femme est une condition nécessaire.

A la vérité, certains auteurs ont soutenu que le mari pouvait passer outre au refus de la femme, et vaincre sa résistance en la citant devant la justice, conformément à l'art. 2161 C. civ. On sait que ce texte prévoit la procédure qu'un débiteur doit suivre pour obtenir la réduction d'hypothèques générales autres que celle de la femme mariée ou du mineur, ou d'inscriptions prises pour sûreté d'une créance indéterminée. L'art. 2161 C. civ. édicte, dit-on, la procédure de droit commun, et n'exige pas le consentement du créancier pour que cette réduction soit prononcée. Si l'art. 2144 a voulu assurer à la femme mariée des garanties particulièrement étendues, s'il a, dans ce but, exigé l'avis d'une assemblée de parents, donné le ministère public comme contradicteur au mari, voulu l'homologation du tribunal, il ne serait pas admissible, au dire des partisans de la théorie que nous exposons, d'affirmer qu'il a voulu rendre la situation du mari inférieure à celle de tout autre débiteur, et le mettre dans l'impossibilité de vaincre la résistance injustifiée de la femme [1].

Nous repoussons ce système. En effet, les art. 2144 et 2145 ne sont pas des dérogations aux

1. Duranton, *Cours de droit civil*, t. xx, n° 208. — Nancy, 26 août 1825 (S. 26, II, 149). — J. G., v° *Privil. et hypot.*, n° 2606, 2. — Agen, 29 janvier 1891, *Pand. franç.*, 91, II, 279.

dispositions des articles 2161 et suivants. La loi organise, pour la réduction des hypothèques légales du mineur et de la femme mariée, une procédure et des règles qui se suffisent à elles-mêmes. Elle a pris des dispositions relatives à la restriction et à la réduction de ces hypothèques, qui se complètent les unes les autres, et, pour la réduction comme pour la restriction, elle exige le consentement de la femme [1].

Le consentement de la femme ne peut être valablement donné par elle que si elle est majeure. La raison principale de décider est déduite de l'art. 2140, C. civ. d'après lequel la femme ne peut, par contrat de mariage, restreindre une hypothèque légale que si elle est majeure. Cette disposition est d'autant plus remarquable, qu'elle constitue une dérogation au principe général de l'art. 1398, qui décide que le futur époux, lorsqu'il est encore mineur, peut néanmoins consentir, dans son contrat de mariage, toutes les conventions permises à un majeur, sous la seule condition d'être régulièrement assisté par qui de droit. Un argument *a fortiori* oblige à poser,

1. Aubry et Rau, III, § 282, p. 401. — Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, IX, n° 115. — Thezard, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, n° 101. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n° 1923. — Guillouard, *op. cit.*, III, n° 1485, p. 373. — Cass., 23 juin 1868 (S. 68, 1, 171 ; D. 68, 1, 318). — Cass., 9 mars 1886 (S. 88, 1, 241 ; D. 86, 1, 353).

pour la réduction de l'hypothèque, cette même exigence que la loi édicte pour la restriction de l'hypothèque. Dira-t-on que la réduction a été entourée par le législateur de formalités protectrices des intérêts de la femme, nous répondrons qu'il est impossible de permettre à la femme mineure de faire, par une voie détournée, ce que la loi lui interdit de faire dans son contrat de mariage.

D'ailleurs, toute femme majeure, quel que soit le régime matrimonial adopté par elle, peut donner valablement le consentement requis; même la femme mariée sous le régime dotal peut donner ce consentement. Cette solution est admise en doctrine et en jurisprudence [1] ; mais M. Guillouard fait observer avec raison qu'elle est souvent insuffisamment justifiée. Il a indiqué le véritable motif de décider ainsi : « Aux termes de l'art. 1554, dit-il, la femme dotale est incapable d'aliéner ses biens dotaux. Mais la réduction de l'hypothèque légale n'entraîne en droit, et ne doit entraîner en fait, aucune aliénation de la dot, ni même aucun préjudice pour cette dot. La réduction ne doit, en effet, être ordonnée que si l'hypothèque générale « excède notoire-

1. Cass., 6 nov. 1860 (S. 61, 1, 25 ; D. 61, 1, 85). — Cass., 18 juillet 1893 (D. 94, 1. 113). — Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 640. — Aubry et Rau, t. III, § 282, p. 401.

ment les sûretés suffisantes pour la conservation entière des droits de la femme. » Cette rédaction des articles 2143 et 2144 montre suffisamment que, dans la pensée du législateur, il n'y a lieu de réduire l'hypothèque que dans la mesure où elle est superflue et, par suite, inutile. L'art. 1554 n'y apporte donc aucun obstacle, et l'art. 2144, qui, par la généralité de ses termes, s'applique à toutes les femmes mariées, sans distinction de régime, doit être appliqué à la femme dotale comme à la femme commune en biens[1]. »

Cependant, il est des cas où la femme majeure devient incapable de consentir valablement la réduction de son hypothèque légale. Ainsi en est-il lorsqu'elle se trouve en état d'interdiction. La question s'est posée de savoir qui peut, dans cette hypothèse, donner valablement le consentement en son lieu et place. Le mari, qui est de droit le tuteur de sa femme interdite, ne saurait la représenter puisqu'il a des intérêts contraires aux siens. N'est-il pas logique d'admettre qu'il appartient au subrogé tuteur de le faire ?

Dans un arrêt du 7 février 1863, la Cour de Caen a rejeté cette solution. Celle-ci affirmait qu'au cas d'interdiction de la femme mariée, le mari conserve, en dépit de cette interdiction,

1. Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1491, p. 380.

la faculté d'obtenir la restriction de l'hypothèque légale ; que l'avis du conseil de famille et la sanction nécessaire de la justice suppléent au consentement de la femme, et sont pour elle une garantie suffisante que ses intérêts ne sont pas compromis, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du subrogé tuteur, « qui ne représente pas l'interdit, et dont le consentement n'est exigé par aucune disposition de la loi [1] ».

On pourrait objecter que le consentement de la femme ou de son légitime représentant paraît être une condition nécessaire de la réduction ; que la loi exige en plus l'avis du conseil de famille et le contrôle de la justice. En effet, nous avons dit précédemment pourquoi le mari ne peut, lorsque la femme refuse de donner son consentement, passer outre ou vaincre sa résistance, en la citant en justice. Néanmoins, il importe de considérer les motifs pour lesquels le législateur a exigé le consentement de la femme : c'est assurément par le désir d'éviter un procès entre elle et son mari. On conçoit donc que le consentement du subrogé tuteur de la femme interdite, auquel d'ailleurs nous reconnaissons qualité pour représenter l'incapable, aux termes de l'art. 420 C. civ., toutes les fois

1. Caen, 7 février 1863 (S. 63, II, 122;. D. 63, II, 74).

que les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du tuteur, ne remplace pas celui de la femme. Il serait même inadmissible de donner, comme l'imposerait la logique, la même valeur à ce consentement qu'à celui de la femme majeure et saine d'esprit, que nulle autorisation de justice ne peut suppléer. Pour ces motifs, nous comprenons et nous approuvons pleinement la jurisprudence de la Cour de Caen [1].

Il convient d'adopter une solution identique dans le cas où la femme est placée dans un établissement public d'aliénés, et se trouve, par suite, incapable de consentir à la réduction de son hypothèque. Les mêmes considérations pratiques qui empêchent d'admettre qu'au cas d'interdiction de la femme mariée, son hypothèque légale ne puisse être réduite, faute par elle de pouvoir consentir, empêchent d'admettre qu'elle ne puisse être réduite lorsqu'elle se trouve dans un établissement d'aliénés. Le crédit du mari doit être sauvegardé lorsque, d'ailleurs, les intérêts de la femme ne sont aucunement menacés. N'hésitons pas à affirmer que le mari peut obtenir le bénéfice que lui accorde l'art. 2144 C. civ. Il le peut en demandant l'avis des parents et la décision du tribunal compétent : le contrôle des

1. *Contra*, Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1486, p. 375.

parents et de la justice sauvegarderont suffisamment les intérêts de l'incapable. Et nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de l'administrateur provisoire aux biens. On sait en effet quels sont les pouvoirs restreints de cet administrateur provisoire aux biens dont la nomination est faite par le tribunal civil, après délibération du conseil de famille et sur les conclusions du procureur de la République. Le droit de consentir a un caractère trop personnel pour que l'administrateur aux biens puisse l'exercer [1].

4° Une autre garantie a encore été assurée à la femme par le législateur. L'art. 2144 exige que le mari prenne « l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille ».

Cette exigence de la loi mérite d'être précisée.

Qu'est-ce d'abord que « cette assemblée de famille ? » Comment doit-elle être composée ? Suivant certains auteurs, cette assemblée ne serait régulièrement formée que si elle comprenait effectivement les quatre plus proches parents de la femme, quelles que fussent d'ailleurs les circonstances de lieu ou autres qui pussent rendre difficile leur réunion. Dans ce système, la

1. Boulanger et de Recy, *Des radiations hypothécaires*, I, n° 140. — Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1486.

disposition précitée de l'art 2144 C. civ. serait impérative [1]. Pont affirme cependant qu'il y aurait lieu d'apporter une dérogation à cette règle, si, à raison des circonstances particulières, il était impossible de réunir les quatre plus proches parents [2]. Au contraire, il est généralement admis que cette assemblée doit être constituée suivant les règles édictées par les art. 407 et suivants du Code civil, relatifs à la composition des conseils de famille des mineurs. C'est dire que, si les quatre plus proches parents de la femme ne résidaient pas dans le rayon de deux myriamètres déterminé par ce texte, il faudrait convoquer les quatre plus proches parents parmi ceux qui résident dans ce rayon. Il y aurait lieu en outre de faire à l'allié la place que lui réserve l'art. 407, et même, à défaut de parents habitants dans le rayon de deux myriamètres, des amis devraient être appelés dans l'assemblée de famille. Celle-ci pourrait donc être composée en partie, ou même en totalité, d'amis [3].

Nous admettons que la composition de » l'as-

1. Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 644, p. 482.

2. Pont, *Commentaire, Traité des privilèges et hypothèques*, t. Ier, n° 561.

3. Aubry et Rau, t. III, § 282, n° 13, p. 401. — Persil, *Régime hypothécaire*, t. Ier, p. 517. — Guillouard, t. III, n° 1489, p. 377. — Note au Sirey sous Agen, 28 déc. 1887 (S. 89, II, 194). — Agen, 28 déc. 1887 précité.

semblée de famille » doit être soumise aux mêmes règles que la composition du conseil de famille, telle qu'elle est déterminée au titre : « De la tutelle ». Les motifs que M. Guillouard a fournis. de cette solution nous paraissent convaincants. Il est d'abord un argument de texte qui mérite d'être retenu : En prescrivant que les parents soient « réunis en assemblée de famille », le législateur s'est implicitement référé aux règles édictées pour les assemblées de famille qui se réunissent en cas de tutelle. En outre, M. Guillouard fait valoir avec juste raison une considération tirée des travaux préparatoires. Il fait remarquer que, dans la discussion au Conseil d'Etat, l'analogie entre les deux situations a été nettement affirmée. M. Berlier était intervenu dans une discussion relative à la composition de « l'assemblée de famille », et déclara que « la loi ne doit pas vouloir l'impossible, et il faut ici, comme au titre des tutelles, entendre par « plus proches parents » les plus proches parmi ceux qui se trouvent dans un rayon donné [1]. »

Quel est le rôle de l'assemblée de famille ?

Il importe de remarquer qu'elle n'a, aux termes de l'art. 2144, d'autre droit que celui d'exprimer « un avis ». Par conséquent, les parents ne font

1. *Travaux préparatoires* (FENET, XV, p. 378.)

qu'exprimer un avis que le législateur a jugé propre à éclairer le tribunal. Les juges ne seront pas liés par leur opinion. Il importe en effet que le tribunal décide seul, parce qu'il est placé en dehors des dissensions qui peuvent se produire dans une famille et modifieraient le sentiment de l'assemblée de famille. Le crédit du mari ne doit pas être diminué par une résistance injustifiée qu'opposeraient les parents de la femme [1].

La loi n'exigeant pas que l'avis des parents soit favorable, puisque celui-ci n'est réclamé que comme un document propre à éclairer la justice, cet avis ne saurait donner lieu à l'exercice du recours prévu par l'art. 883 C. pr. c. On sait qu'en vertu de cet article, les tuteur, subrogé tuteur ou curateur, même les membres de l'arsemblée, peuvent se pourvoir contre les délibérations d'un conseil de famille. Cette action ne peut être exercée dans les hypothèses que nous envisageons, puisque l'opinion des parents ne liera pas les juges. La Cour de Chambéry a affirmé avec raison que « ce recours n'aurait aucun but, puisque l'avis qu'il attaquerait n'est qu'un document à consulter, ne porte point avec lui la force exécutoire, et qu'il n'y a aucun intérêt absolu-

1. Pont, *op. cit.*, I, n° 564. — Aubry et Rau, III, § 282, texte et note 12, p. 401. — Guillouard, t. III, n° 1487, p. 376.

ment à en demander la réformation au tribunal devant lequel il sera nécessairement produit pour être apprécié [1] ». Il appartiendra au tribunal, lorsqu'il sera saisi de la question de savoir si la réduction doit être ou non prononcée, puisqu'il appartient à lui seul de solutionner cette question, d'examiner la valeur des raisons qui ont été produites en faveur ou à l'encontre de la réduction.

5° Enfin, la loi exige que la demande en réduction formée par le mari soit soumise au tribunal, et elle précise la procédure qui doit être suivie devant la juridiction saisie de cette demande.

Quel tribunal est compétent pour prononcer la réduction ?

Aux termes de l'art. 2159 C. civ., la radiation d'une inscription est demandée, en règle générale, au tribunal dans le ressort duquel cette inscription a été prise. Mais il est permis de douter que la même règle soit applicable lorsqu'il s'agit de la réduction de l'hypothèque générale des femmes mariées ou des mineurs ou interdits. Nous avons dit, en effet, que la procédure édictée par les art. 2144 et 2145 était une procédure spéciale qui se suffisait à elle-même. Certains auteurs pro-

1. Chambéry, 28 mars 1874 (S. 75, II, 39). — GUILLOUARD, t. III, n° 1488, p. 376.

fessent que le tribunal compétent, à défaut de disposition particulière écrite dans ces textes, est celui du domicile du mari. Le motif qu'ils invoquent à l'appui de cette opinion est d'ailleurs plutôt d'ordre pratique. Ils font valoir que les maris seraient forcés autrement de former autant de demandes qu'il y aurait d'arrondissements où les immeubles grevés seraient situés. Or cette façon de procéder serait très onéreuse. De plus, il serait à craindre qu'une contrariété de décisions ne se produisît entre les divers tribunaux appelés à statuer[1].

Cependant, nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer la règle générale précitée. Elle n'est elle-même en effet que l'application d'un principe plus général, suivant lequel, en matière réelle, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux. Il n'est pas de motif spécial pour y apporter une dérogation. Les inconvénients pratiques qui viennent d'être signalés ne sont pas particuliers aux hypothèses que nous envisageons. Ils se produisent également dans les cas où est demandée la réduction des hypothèques générales prévues par l'art. 2161, et il est hors de doute que ces demandes

1. Pont, *op. cit.*, I, n° 562. — Persil, *Régime hypothécaire*, I, art. 2145, n° 11.

doivent être portées devant les tribunaux dans le ressort desquels l'inscription de ces hypothèques a été prise. En dépit des inconvénients réels que présente la pluralité éventuelle des procédures, il faut admettre que le mari doit introduire la demande en réduction devant le tribunal de la situation des biens [1].

L'art. 2145 C. civ. précise la forme dans laquelle la demande doit être introduite et l'instance poursuivie. « Les jugements sur les demandes des « maris et tuteurs, lit-on dans le texte, ne seront « rendus qu'après avoir entendu le procureur de « la République et contradictoirement avec lui. » Il y a lieu de remarquer cette formule employée par le législateur. Elle attribue au ministère public un rôle différent de celui qui lui est imparti le plus souvent. Le procureur de la République est partie principale au débat. Il est le contradicteur du mari; il est, en conséquence, investi du droit de porter appel, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation [2]. Troplong dit de même que ces expressions dont se sert la loi « donnent au procureur du roi la qualité de partie ; elles l'opposent au tuteur et au mari,

1. Aubry et Rau, III, § 282, p. 402. — Guillouard, III, n° 1496, p. 384.

2. Cass., 3 décembre 1844 (S. 45, 1, 14 ; D. 45, 1, 5). — Grenoble, 7 août 1849 (S. 50, II, 398 ; D. 50, II, 157).

comme défendeur chargé de contredire à leur demande. A ce titre, le droit d'appel lui appartient; car il est attribué par le droit commun à toute partie qui veut élever des plaintes contre un jugement de première instance ; sans cela, la défense serait incomplète [2] ».

Le tribunal pourra ordonner la réduction conformément à la demande du mari. Toutefois, il ne saurait le faire qu'aux conditions mises par la femme à son consentement. En effet, on doit admettre que celle-ci peut, puisqu'elle a le droit de refuser son consentement, ne consentir que sous certaines conditions, et, dans ce cas, la réduction ne sera pas prononcée si la condition vient à défaillir.

Telles sont les formalités imposées par la loi pour la validité de la réduction de l'hypothèque légale de la femme.

Elles sont nécessaires dans tous les cas. Mais, si la femme est séparée de biens, doivent-elles être également remplies ? Il importe d'envisager plusieurs hypothèses.

Si la séparation de biens résulte de la séparation de corps, on ne saurait exiger que toutes les formalités soient remplies. Elles sont devenues

1. Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, II, n° 644. — Aubry et Rau, t. III, § 282, texte et note 14, p. 401. — Guillouard, t. III, n° 1490, p. 378.

inutiles depuis la loi du 6 février 1893, modifiant l'art. 311 C. civ., qui a décidé que la séparation de corps restitue à la femme « le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de justice ».

Autrement, la séparation de biens ne rend à la femme que la libre administration de ses biens. Elle ne la dispense pas de la nécessité de l'autorisation du mari pour tous les actes qui ne sont pas de pure administration. Convient-il, dès lors, d'exiger l'avis des parents, le contrôle du ministère public et la décision du tribunal ? Sans doute, la femme reprend alors la libre administration de ses biens, et nous considérons que la réduction peut être assimilée à un acte d'administration, puisqu'elle suppose que l'hypothèque générale « excède notoirement » les sûretés suffisantes pour la protection de l'incapable, et qu'elle ne doit entraîner, en principe, aucune aliénation de la dot, ni même aucun préjudice pour cette dot. Toutefois, nous croyons que la femme n'est pas autorisée à consentir la réduction de son hypothèque légale en dehors des formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 C. civ. En effet, les contrôles des parents et de la justice sont nécessaires pour que la femme non séparée de corps ni divorcée n'accepte une réduction de son hypothèque légale qu'au cas où cette

hypothèque excède notoirement les sûretés suffisantes, et où la réduction ne compromettra pas sa dot. En l'absence de ces garanties, la réduction de l'hypothèque légale serait un acte particulièrement dangereux. La femme mariée qui a sollicité et obtenu sa séparation de biens parce que la mauvaise administration du mari mettait sa dot en péril, serait, plus que toute autre, exposée à des sollicitations contre lesquelles il convient de la protéger. Les formalités protectrices que nous avons étudiées sont édictées même en faveur de la femme séparée de biens [1].

Dans les hypothèses où les dispositions des art. 2144 et 2145 C. civ. sont applicables, la violation des formalités prescrites est-elle susceptible d'entraîner la nullité de la réduction ?

La jurisprudence sanctionne cette violation par la nullité de la réduction. La Cour de cassation affirme, en effet, que le consentement de la femme imprime au jugement un caractère contractuel, de telle sorte qu'il n'est pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée, et qu'il n'y a pas lieu de lui appliquer la règle en vertu

1. Cass., 26 avril 1864 (S. 64, 1, 396 ; D. 64, 1, 181). — Montpellier, 10 déc. 1864 (S. 65, II, 143 ; D. 65, II, 216). — Mayenne, 14 novembre 1902 (D. 1903, 2, 225). — Aubry et Rau, III, § 282, texte et note 19, p. 402. — Guillouard, t. III, n° 1493, p. 382. *Contra*: Paris, 16 mai 1902 (D. 1903, 2, 225).

de laquelle les jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée ne peuvent plus être attaqués par aucune nullité. Elle applique, au contraire, les principes du droit commun sur l'inobservation des règles de fond des lois civiles [1]. « Attendu, dit la Cour de cassation que le consentement de la femme, exigé par la loi pour autoriser la restriction de son hypothèque légale, a pour effet d'imprimer à cette restriction et au jugement qui la prononce un caractère essentiellement conventionnel ; que les tribunaux, saisis par simple requête en cette matière, ne sont donc pas appelés à statuer dans la plénitude de leur juridiction sur un conflit qui puisse s'élever entre le mari et la femme, puisque le concours nécessaire de la volonté des deux époux exclut la possibilité de ce conflit ; — Attendu, en conséquence, que les jugements rendus en ce cas ne sont pas susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée, et qu'ils doivent être considérés comme non avenus, lorsqu'ils ont été prononcés sans l'accomplissement préalable des formalités prescrites, ou sans un consentement valable de la femme [2] ». Cette argumentation conduit à admettre la nullité de la réduction au cas d'ab-

1. Cass., 26 avril 1864 précité.—Cass., 9 mars 1886 (S. 88, 1, 241 D. 86, 1, 353).

2. Cass., 9 mars 1886, précité.

sence de consentement de la femme ou de l'avis de parents, ou encore au cas où le ministère public n'aurait pas été entendu [1]. Cette nullité a pour base l'intérêt de l'incapable. Il y aurait donc lieu d'admettre qu'elle est relative, peut être invoquée pendant dix ans à partir de la dissolution du mariage, et ne peut être demandée que par la femme ou ses héritiers.

Nous devons noter toutefois que, si la jurisprudence voit une cause de nullité dans l'absence complète d'avis des parents, elle ne considère pas que les irrégularités existant dans la composition de l'assemblée de famille puissent entraîner la même conséquence. Il est en effet admis, en général, que les règles sur la composition du conseil de famille ne sont pas prescrites à peine de nullité [2]. M. Guillouard admet également que, si la composition de l'assemblée appelée à donner son avis sur la réduction de l'hypothèque légale, « est attaquée parce qu'on n'aurait pas choisi parmi les parents les plus proches dans le rayon déterminé, ou que l'on aurait pris des amis alors qu'il existait des parents dans ce rayon, la nullité de la réduction de l'hypothèque ne devra être prononcée que si ces

1. Boulanger et Recy, *Traité des radiations hypothécaires*, t. 1er, n° 137, p. 188. — Guillouard, t. III, n° 1495, p. 383.
2. Cass., 20 janvier 1875 (S. 75, 1, 217).

irrégularités ont causé un préjudice à la femme.»[1]

Tel est le système de la jurisprudence. Il est admis par des auteurs particulièrement autorisés. Nous estimons cependant que les jugements autorisant la réduction de l'hypothèque légale ne laissent pas place à une demande en nullité de réduction. Les tribunaux saisis d'une semblable demande doivent veiller à l'accomplissement des formalités légales. Ils doivent exiger le consentement préalable de la femme, l'avis d'une assemblée de famille régulièrement composée, les conclusions du ministère public; mais leurs jugements n'ont pas « un caractère essentiellement conventionnel ». Ces jugements sont rendus, aux termes de l'art. 2145, « contradictoirement avec le procureur de la République, qui défend les intérêts de la femme, et qui a le droit, avons-nous dit, de porter appel. Par conséquent, les jugements ordonnant réduction de l'hypothèque légale peuvent acquérir l'autorité de la chose jugée, et ne peuvent plus être attaqués par aucune nullité.

Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu de rechercher si le rétablissement de l'hypothèque, au cas d'annulation de la réduction, peut nuire aux

1. Guillouard, t. III, n° 1489, p. 378. — Boulanger et de Recy, *op. cit.*, t. II, n° 609, p. 270. — Agen, 28 déc. 1887 (S. 89, II, 194).

tiers créanciers ou acquéreurs qui ont acquis un droit sur les immeubles dégrevés de l'hypothèque avant ce rétablissement.

2ème L'effet du jugement prononçant la réduction de l'hypothèque est d'éteindre partiellement l'hypothèque.

Par conséquent, la femme mariée conserve, après ce jugement, une hypothèque réduite à certains immeubles du mari, qui a les caractères qu'elle présentait précédemment. Elle demeure dispensée d'inscription ; elle garantit les mêmes créances appartenant à la femme contre le mari ; elle prend rang du jour du mariage.

Mais cette hypothèque cesse de grever les immeubles que le tribunal déclare en être déchargés. Ceux-ci sont libres, de telle sorte que les inscriptions qui auraient été prises sur eux doivent être radiées, ou qu'aucune inscription ne peut être prise sur eux.

Examinons les conséqueences de cette idée quant aux droits qui auraient été acquis antérieurement sur ces immeubles, et aux droits qui pourraient être cédés dans l'avenir.

Les droits qui ont été acquis antérieurement doivent être respectés. Ils sont maintenus. Ainsi en est-il, par exemple, des droits appartenant aux créanciers qui ont été subrogés dans l'hypothèque de la femme.

Dans l'avenir, la femme, qui n'a plus aucun droit réel sur les immeubles affranchis de son hypothèque légale, n'en pourra céder aucun. Le mari, au contraire, pourra céder la pleine propriété de ces immeubles. Ces effets se produiront, lors même qu'il apparaîtrait, dans la suite, que la réduction a été excessive, ou qu'un événement imprévu, comme la perte d'un immeuble, viendrait à rendre insuffisante l'hypothèque légale [1].

Toutefois, les décisions qui restreignent l'hypothèque légale de la femme à tels immeubles n'ont, entre les époux, qu'un caractère provisoire et ne font pas obstacle à ce que la femme réclame un supplément d'hypothèque, ou même un rétablissement de l'hypothèque primitive. Des raisons graves justifient cette solution. D'abord, le bon sens s'oppose à ce que le jugement de réduction ait un caractère définitif tel, qu'il compromette les droits des incapables, que le législateur a voulu sauvegarder. En outre, un argument *a fortiori* doit être déduit de l'art. 2131 C. civ. : puisque le législateur admet que le créancier ayant une hypothèque conventionnelle peut obtenir un supplément d'hypothèque lorsque

1. Aubry et Rau, III, § 282, p. 402. — Guillouard, III, n° 1499, p. 386. — Cass., 6 déc. 1860 (S. 61, 1, 25).

les immeubles grevés de son hypothèque ont péri ou éprouvé des dégradations de manière qu'ils deviennent insuffisants pour sa sûreté, il ne saurait refuser le même droit à la femme mariée dans un cas analogue [1]. Dans cette hypothèse encore, la décision de justice respectera les droits acquis. Sur les immeubles qui deviendront le gage nouveau de la femme, l'hypothèque ne datera que du jour du jugement. Elle « ne produira d'effets qu'à sa date, et seulement pour les créanciers dont le titre naît postérieurement au rétablissement de l'hypothèque, le droit acquis au profit de tous les créanciers antérieurs à cette date devant être respecté [2] ».

D'autre part, il importe de remarquer également que le mari, qui a obtenu une première fois la réduction de l'hypothèque pourra solliciter et obtenir une nouvelle réduction. La Cour d'Agen a admis avec raison, en effet, « que la loi autorise en termes généraux le mari à demander la restriction de l'hypothèque de sa femme ; que les mêmes motifs qui existaient pour une première restriction peuvent exister pour une deuxième ; qu'ainsi, la raison ne permet pas

1. Duranton, xx, n° 59. — Pont, *op. cit.*, ii, n° 708. — Aubry et Rau, iii, n° 282, texte et note 24, p. 403. — Guillouard, iii, n° 1500, p. 387. — Cass., 28 avril 1875 (S. 75, 1, 304 ; D., 75, 1, 316).

2. Guillouard, t. iii, n° 1500, p. 388.

plus que le texte de limiter à une seule fois un droit auquel le texte de la loi n'impose pas cette limite [1] ». Sans doute, les réductions successives ne sauraient rendre possible la suppression de l'hypothèque, puisque la loi ne permet pas à la femme d'y consentir. Mais on comprend l'utilité d'une seconde réduction, si l'on songe que le mari peut recueillir, après la première réduction, des immeubles importants.

II

Ce que nous avons dit de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée s'applique également, à part quelques modifications à la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit. Là aussi, nous avons à distinguer la restriction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit de la réduction, et, pour les raisons que nous avons déjà données, nous n'avons à nous occuper que de ce dernier mode d'extinction.

Nous étudierons successivement les formes de la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit et les effets de cette réduction.

1. Agen, 28 déc. 1887 (S. 88, II, 194).

Deux textes posent les règles à suivre pour obtenir, au profit du tuteur, la réduction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit; ce sont : l'article 2145, que nous avons déjà cité, et l'art. 2143 C.. civ.Ce dernier article est ainsi conçu : « Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte « par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pour- « ra dans le cas où l'hypothèque générale sur ses « immeubles excéderait notoirement les sûretés « suffisantes pour sa gestion, demander que cette « hypothèque soit restreinte aux immeubles suffi- « sants pour opérer une pleine garantie en faveur « du mineur. La demande sera formée contre le « subrogé tuteur, et elle devra être précédée d'un « avis de famille. »

Il résulte des dispositions de ces deux textes que la réduction de l'hypothèque légale du mineur ne peut avoir lieu qu'autant que plusieurs conditions se trouvent remplies.

Il faut :

1° Que les immeubles du tuteur aient une valeur notoirement supérieure pour garantir les créances du mineur ou de l'interdit ;

2° Que l'hypothèque n'ait pas été précédemment restreinte par l'acte de nomination du tuteur ;

3° Que la demande soit précédée d'un avis du conseil de famille ;

4° Qu'elle soit formée contre le subrogé tuteur;

5° Et que le jugement soit rendu contradictoirement avec le procureur de la République, et après qu'il a été entendu.

Nous avons déjà examiné, à propos de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, les trois premières conditions; il ne nous reste plus qu'à voir les deux dernières.

La demande doit être formée contre le subrogé tuteur.

Le tuteur qui est demandeur à l'action en réduction ne peut pas représenter le mineur, défendeur à cette même action, car il formerait sa demande contre lui-même. C'est le cas de faire intervenir le subrogé tuteur, qui agit toutes les fois que les intérêts du mineur sont en conflit avec ceux du tuteur. De là, il résulte que la demande doit être introduite en la forme contentieuse par voie d'assignation signifiée au subrogé tuteur. L'inobservation de cette formalité entraînerait la nullité de la réduction prononcée. En conséquence, la Cour de cassation a décidé qu'il y avait lieu de procéder à la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc*, auquel la signification du jugement de réduction doit être également faite pour que les délais d'appel puissent courir [1].

1. Cass., 3 déc. 1889 (D. 90, 1, 21 ; S. 90, 1, 261).

Le tribunal compétent pour connaître de cette action sera celui de la situation des biens, pour les raisons que nous avons indiquées dans la première partie de ce chapitre.

Enfin, le ministère public doit être entendu et le jugement doit être rendu contradictoirement avec lui.

On s'est demandé si le procureur de la République n'est ici que partie jointe, le subrogé tuteur étant partie principale. Il y a là un intérêt pratique important. La demande en réduction de l'hypothèque légale du mineur présente, nous l'avons vu, un caractère contentieux : le jugement qui terminera l'instance aura l'autorité de la force jugée et est susceptible d'être attaqué par voie d'appel. Le droit d'interjeter appel appartient incontestablement au tuteur et au subrogé tuteur. Appartient-il au ministère public ?

Aubry et Rau estiment que l'action n'est intentée que contre le subrogé tuteur ; qu'il n'est pas nécessaire d'assigner le ministère public ; que la cause lui est seulement communicable, conformément à l'art. 88 C. de pr., et qu'en conséquence, il n'a pas le droit d'interjeter appel [1].

Nous estimons que le ministère public doit avoir le droit d'interjeter appel, car il est le

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 400, § 282 et note 10.

contradicteur du tuteur, au même titre que le subrogé tuteur, et, comme lui, il doit avoir le droit d'attaquer le jugement.

Quant aux effets de la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit, il nous suffit de renvoyer à ce que nous avons dit au paragraphe précédent sur les effets de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, aucune différence n'existant entre ces deux classes d'effets.

CHAPITRE II

DE LA RESTRICTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA LA FEMME MARIÉE EN CAS DE FAILLITE

La femme du failli a souvent des droits étendus à exercer dans la faillite de son mari. En présence du danger d'insolvabilité, elle forme en général une demande en séparation de biens, afin de sauver, dans la mesure du possible ce qui peut lui être dû. Par suite de cette séparation, elle pourra obtenir le montant de ses reprises, en agissant comme créancière de la communauté, tout au moins concurremment avec les autres créanciers du mari. Etait-elle mariée sous le régime dotal, elle aura le droit de demander la restitution de la dot, qui, au moins dans la mesure où elle consistait en deniers, s'était fondue dans le patrimoine de son mari. Il est naturel que la femme, menacée pour l'avenir par l'insolvabilité du mari, demande dès maintenant la séparation de biens, afin de pouvoir faire valoir ses droits dans la faillite.

Au reste, à supposer qu'elle demeure inactive, ses créanciers demanderont la séparation de biens en son lieu et place. C'est là une faculté qui leur est expressément réservée par l'art. 1446 C. civ. Quand la femme omet d'exercer l'action en séparation de biens, ses créanciers peuvent l'exercer en son nom.

L'intervention de la femme pour l'exercice de certains droits dans la faillite du mari avait donné lieu, avant le Code de 1807, à des fraudes considérables. Tantôt la femme se présentait comme propriétaire pour reprendre des biens qui auraient dû, en réalité, figurer dans le gage des créanciers de la faillite ; tantôt elle se présentait comme créancière, et alors, écartait les créanciers, lors de la distribution des deniers, au moyen de son hypothèque légale. Cet enrichissement de la femme, au préjudice des créanciers, explique le mot de Treilhard au Corps législatif, que « les malheureux créanciers étaient « condamnés à passer leurs jours dans les priva- « tions et dans les larmes, pendant que la femme « coulait des jours tranquilles dans la mollesse « et l'oisiveté ».

Quels étaient les abus auxquels pouvait donner lieu l'exercice par la femme de son hypothèque légale ? Ils provenaient tout d'abord de l'étendue considérable de son gage hypothécaire, tel

qu'il est organisé par la loi. Aux termes de l'art. 2122 C. civ., l'hypothèque légale de la femme mariée s'étend à tous les immeubles présents et à venir du mari. Ainsi, pendant le mariage, le mari avait pu acquérir des immeubles et payer ces acquisitions avec l'argent de ses créanciers. La femme, au cas de faillite, écartait, au moyen de son hypothèque, les créanciers, prétendant obtenir paiement de leurs créances sur les sommes provenant de la vente de biens qui avaient été achetés avec leurs propres avances. Si encore la femme n'avait alors fait valoir son hypothèque que pour la garantie de créances particulièrement intéressantes, telles que la reprise de sa dot, l'inconvénient, quoique très sensible, aurait été quelque peu atténué; mais la femme pouvait exercer son hypothèque même pour des créances d'avantages à elle consentis par son mari. Il arrivait même qu'elle produisait à raison de créances purement fictives, par exemple, en prétendant avoir payé les dettes de son mari, alors qu'en réalité le paiement avait été fait sur des fonds fournis par son mari lui-même. Une pareille situation appelait des réformes ayant pour objet de restreindre, en cas de faillite, les droits de la femme.

Toutefois, il convenait de n'apporter ces restrictions qu'autant que la femme aurait pu pré-

voir, dès le mariage, que son mari pouvait tomber en faillite. Elle n'aura pas, en effet, alors le droit de se plaindre d'avoir à les subir, puisque, en se mariant, elle a su que ces restrictions lui seraient imposées, si son mari était mis en faillite.

Conformément à ces idées, le législateur du Code de commerce, réformé d'ailleurs en notre matière par la loi de 1838, n'a pas cru devoir toucher à l'hypothèque de la femme, en tant qu'elle profite du bénéfice d'un rang spécial et de la dispense d'inscription. Ce n'est, en effet, ni de ce rang, ni de la clandestinité de l'hypothèque que viennent les dangers que cette hypothèque peut faire courir aux créanciers. Le législateur a donc laissé subsister, en ce qui les concerne, le bénéfice du droit commun.

Mais, ces réserves faites, il a cru devoir restreindre l'hypothèque de la femme dans les conditions et de la manière suivantes. Tout d'abord, ces restrictions ne s'appliqueront à la femme mariée qu'autant qu'elle aura pu prévoir, lors de son mariage, que son mari pouvait être mis en faillite. Ce cas s'étant réalisé, l'hypothèque de la femme ne pourra s'étendre aux immeubles qui auraient été acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage. Il est à présumer, en effet, que ces immeubles ont été acquis avec

l'argent des créanciers. Enfin, la femme ne peut faire valoir de créances garanties par son hypothèque légale qu'autant que ces créances sont nées à l'occasion de valeurs par elle mises dans le patrimoine du mari. Etudions successivement chacun de ces points.

De l'idée que les restrictions de l'hypothèque légale ne peuvent s'appliquer, quand la femme n'a pu prévoir la faillite du mari, il résulte qu'elles n'auront lieu qu'autant que le mari était commerçant au moment du mariage. Dans ce cas seulement, en effet, la femme a pu connaître le risque qu'elle courait en se mariant. Il est à noter toutefois que la loi étend cette solution au cas où le mari est devenu commerçant dans l'année qui a suivi la célébration du mariage. On peut croire en effet que, lorsqu'il l'est devenu dans un aussi court délai, il devait être déjà question de ce projet au moment de la célébration du mariage.

Peu importe, du reste, la qualité prise par le mari dans son contrat de mariage. Alors même qu'il n'y aurait pas énoncé sa qualité de commerçant, il y aurait lieu néanmoins à restriction si, lors de son mariage, il faisait des actes de commerce sa profession habituelle. A l'inverse, quand même le mari aurait pris la qualité de commerçant, la femme ne subirait point de

restriction, si, en réalité, il ne possédait pas cette qualité. Ce serait toutefois à la femme qu'incomberait la charge de faire cette preuve [1].

L'hypothèque de la femme ne serait pas restreinte par la faillite, si son mari mineur faisait le commerce, au jour du mariage, sans y être autorisé. Il ne possédait pas, en effet, au point de vue légal, la qualité de commerçant. Que l'on n'objecte pas, du reste, que nous sommes ici en présence d'une incapacité d'un mineur, et que cette incapacité ne peut être invoquée que par le mineur. Il ne s'agit pas, en effet, d'une question de nullité, mais d'une question toute différente. On prétend établir, contre la femme, que la condition requise pour la restriction de son hypothèque était réalisée, et la femme répond seulement qu'aux termes de l'art. 2 du C. com., cette condition faisait défaut.

Quand cette condition est réalisée, la première restriction que subit l'hypothèque légale est relative aux immeubles grevés par cette hypothèque. La femme ne peut exercer cette hypothèque sur les immeubles que le mari a pu acquérir pendant le mariage, parce que la loi craint que ces immeubles n'aient été payés avec l'argent des créanciers. Examinons les conséquences de cette idée.

1. Alger, 3 mars 1904 (D. 1906, 2, 285).

Tout d'abord, l'hypothèque légale continue de frapper les immeubles dont le mari était propriétaire au jour du mariage. L'hypothèque légale n'existant pas encore au jour de leur acquisition, il n'y a pas lieu de redouter que le mari les ait achetés pour les sauver ensuite, ou tout au moins en sauver la valeur au moyen de l'hypothèque légale de la femme. La restriction de l'hypothèque n'a donc pas de raison d'être quant à ces immeubles.

Au contraire, tous les immeubles achetés par le mari pendant le mariage sont soustraits à l'hypothèque en cas de faillite. Il est à présumer que le prix en a été payé avec l'argent des créanciers : c'est l'hypothèse même que le législateur a eue en vue.

Que faut-il décider en ce qui concerne l'immeuble que le mari a acquis pendant le mariage par voie d'échange ? Il nous semble que la question doit être résolue par une distinction. L'immeuble aliéné par le mari eût-il été lui-même grevé de l'hypothèque, l'immeuble acquis le sera également. On ne peut pas dire, en effet, que cet immeuble a été acquis avec l'argent des créanciers, puisqu'il l'a été au moyen de l'aliénation d'un immeuble qui était réputé lui-même n'avoir pas été acheté avec des deniers fournis par ces créanciers. Au contraire, l'immeuble fourni par

le mari eût-il été dégrevé par la faillite, c'est que cet immeuble était censé acquis avec l'argent des créanciers, et, par suite, le nouvel immeuble, qui représente lui-même ces sommes, cessera d'être frappé de l'hypothèque légale au cas de faillite. Telle nous paraît devoir être la solution en cas d'échange.

La question se complique un peu dans le cas où le mari a eu à payer une soulte comme coéchangiste. Ne peut-on pas dire, en effet, dans le cas même où l'immeuble échangé aurait été grevé de l'hypothèque, que l'immeuble acquis représente l'argent des créanciers jusqu'à concurrence de la soulte, et que, par suite, dans cette mesure, l'hypothèque n'est pas opposable aux créanciers ? Nous croyons, en effet, que cette solution doit être admise, sauf toutefois dans l'hypothèse où la soulte serait minime. Dans ce cas, en effet, l'accessoire suit le principal. L'acte entier doit être considéré comme un échange, et, par suite, l'hypothèque légale grève la totalité de l'immeuble.

L'hypothèque légale de la femme mariée continuera, malgré la faillite, de grever les immeubles acquis par le mari à titre gratuit, même pendant le mariage. C'est en effet évident que ces immeubles ne représentent aucune valeur fournie par les créanciers. Le mari les tient direc-

tement du donateur, sans avoir fourni aucune prestation équivalente. La restriction de l'hypothèque n'atteint donc pas ces immeubles.

A supposer que l'on se trouve en présence d'un immeuble grevé de l'hypothèque, cette hypothèque va-t-elle s'appliquer aux améliorations ou constructions faites par le mari pendant le mariage ? Selon le droit commun, cette extension ne saurait faire de doute. Mais ne faut-il pas écarter le droit commun, en vertu de cette idée que les améliorations et constructions ont pu être payées avec l'argent des créanciers, et que, par suite, ces derniers peuvent prétendre que l'hypothèque légale de la femme mariée ne leur sera pas opposable relativement aux sommes représentant la plus-value que les travaux ont donnée à l'immeuble. Certains auteurs admettent cette prétention des créanciers pour les constructions, mais non pour les améliorations, par cette raison qu'une ventilation, facile à faire pour les constructions, offrirait de sérieuses difficultés s'il fallait apprécier la plus-value résultant de simples améliorations. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'admettre cette distinction, fondée sur des considérations de pur fait. Qu'il s'agisse d'améliorations ou de constructions l'argument de droit est le même : la plus-value donnée à l'immeuble est présumée provenir des

deniers fournis par les créanciers. Il convient de décider que l'hypothèque de la femme ne peut s'étendre à cette plus-value, quels que soient les travaux qui lui ont donné naissance.

Nous aurions terminé l'étude de la restriction de l'hypothèque, en ce qui concerne les immeubles grevés, s'il ne nous restait à examiner une dernière difficulté. Supposons que le mari fût copropriétaire d'un immeuble au jour de son mariage, ou qu'il ait acquis, à titre gratuit, pendant le mariage, une part dans un immeuble indivis. Lors du partage, l'immeuble est mis pour le tout dans le lot du mari. Au cas de faillite du mari, il ne fait pas de doute que l'hypothèque continuera de frapper la portion de l'immeuble indivis dont le mari était propriétaire avant le partage. Mais faut-il aller plus loin, et dire que cette hypothèque pourra être exercée sur la totalité de l'immeuble dont le mari est seul propriétaire depuis la cessation de l'indivision ?

Selon la majorité des auteurs, la solution de cette question dépenderait uniquement du point de savoir si l'effet déclaratif du partage est absolu ou relatif. Est-il absolu, il s'applique même dans les rapports de la femme et des créanciers ; le mari est réputé, soit avoir été propriétaire de la totalité de l'immeuble avant son mariage, soit avoir acquis la totalité de l'immeu-

ble à titre gratuit. Dans l'un ou l'autre cas, l'hypothèque de la femme grèvera, même au cas de faillite, la totalité de l'immeuble. Au contraire, l'effet déclaratif est-il relatif, il ne se produit que dans les rapports de chaque copartageant et des ayants cause de ses copartageants. Chaque fois qu'il s'agit de régler une question pouvant s'élever entre les ayants cause d'un même copartageant, l'effet déclaratif doit être écarté. Or, dans le cas de restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée, la difficulté soulevée concerne les relations de personnes également créancières du copartageant, qui est le mari. Puisque l'effet déclaratif ne peut plus être invoqué, l'opération du partage s'analyse, pour le mari, en une acquisition de parts indivises à titre onéreux. Ces parts, qui ont pu être acquises avec l'argent des créanciers, ne peuvent être grevées de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette question du caractère absolu ou relatif de l'effet déclaratif du partage ne se présente pas, du reste, seulement en notre matière ; elle est beaucoud plus large, et se pose aussi à propos de la femme commune allotie lors d'un partage de succession ou de société, soit uniquement de meubles, soit uniquement d'immeubles, alors que la succession ou le fonds social était composé de meubles et d'immeubles. Selon que l'effet

déclaratif sera absolu ou relatif, la communauté pourra ou ne pourra pas s'en prévaloir, c'est-à-dire pourra ou ne pourra pas prendre la totalité des biens attribués à la femme.

D'après une première opinion, il ne faudrait reconnaître au partage qu'un effet purement relatif et, par suite, admettre la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée. Cette solution découlerait du but même de la fiction sur laquelle repose l'effet déclaratif. Ce but est d'empêcher les recours entre cohéritiers en décidant que les ayants cause qui ont traité avec l'un d'eux ne peuvent opposer leurs droits aux autres cohéritiers. La fiction ne peut donc s'appliquer que dans les rapports entre un cohéritier et les ayants cause d'un autre cohéritier. C'est l'étendre à des cas qui n'ont pas été prévus par le législateur qu'y recourir pour déterminer les droits réciproques des ayants cause d'un même copartageant, à savoir, la femme et les créanciers du mari. Le mari est simplement un acquéreur à titre onéreux, et l'hypothèque sur la part acquise n'est pas opposable aux créanciers du mari.

Une seconde opinion admet, au contraire, le caractère absolu de l'effet déclaratif. Ce caractère découle, en effet, des termes mêmes de l'article 883 C. civ. Dans cet article, l'effet déclaratif

est établi sans aucune distinction et d'une manière tout à fait générale. Aucune limitation n'est faite relativement aux personnes qui pourront être admises à s'en prévaloir. Donc, toute personne intéressée peut l'invoquer et, en particulier, la femme mariée, si elle y a intérêt, pour exercer son hypothèque à l'encontre des créanciers du mari en cas de faillite.

Nous ne croyons pas avoir à prendre parti sur la question de savoir si l'effet déclaratif du partage est absolu ou relatif.

Il ne nous semble pas, en effet, que la question ait été exactement envisagée quand on s'est préoccupé, pour la résoudre, de rechercher si l'effet déclaratif du partage était absolu ou relatif. En réalité, c'est dans une autre manière de considérer la difficulté que la meilleure solution paraît pouvoir être trouvée. Voici quelle est cette manière :

L'hypothèque sera ou ne sera pas restreinte relativement à la part nouvellement acquise lors du partage, selon que cette part aura été payée par le mari de ses deniers, ou que la valeur en aura été fournie par un allotissement aux autres copartageants des biens indivis sur lesquels le mari a fait abandon de sa part. Dans le cas, en effet, où le mari a payé de ses deniers, la présomption qui sert de fondement à la res-

triction s'applique. Les créanciers peuvent soutenir que les deniers qui ont servi au paiement étaient ceux qu'ils avaient fournis, et prétendre, par suite, écarter, sur la part acquise de ces deniers, l'hypothèque de la femme. Au contraire, quand le mari a payé en quelque sorte en sacrifiant ses droits sur d'autres valeurs de la succession, les créanciers ne peuvent plus prétendre qu'une fraude a été commise. La femme exerce son hypothèque sur la totalité de l'immeuble.

Nous avons ainsi essayé de déterminer les immeubles sur lesquels continuera ou cessera de pouvoir être exercée l'hypothèque légale de la femme mariée en cas de faillite du mari. Essayons maintenant de rechercher dans quelle mesure cette hypothèque sera éteinte relativement aux créances garanties, en appliquant cette idée que l'hypothèque sera ou ne sera pas maintenue, selon que la créance aura ou n'aura pas pris sa source dans un fait d'enrichissement du patrimoine du mari au détriment du patrimoine de la femme.

L'hypothèque légale de la femme ne garantira pas les avantages que le mari peut avoir promis dans son contrat de mariage ou par donations au cours du mariage. Il serait trop à craindre que ces donations n'eussent été faites avec l'arrière-pensée de constituer, entre les mains de la femme,

une réserve de nature à sauvegarder l'avenir des deux époux au cas de faillite. La loi est même plus rigoureuse encore pour les créances de ce genre, puisque non seulement la femme est privée de son hypothèque légale, mais encore elle ne pourra même pas se présenter dans la faillite comme créancière chirographaire à raison de ces créances.

Quand la femme a payé des dettes de son mari, elle est créancière de celui-ci, et peut invoquer son hypothèque légale. Elle a, en effet, procuré un enrichissement à son mari en acquittant les dettes dont il était tenu. Mais une fraude est à craindre : il peut arriver que la femme ait payé avec l'argent du mari. Aussi la loi exige-t-elle, pour que la femme soit admise à exercer son hypothèque légale, qu'elle fasse elle-même la preuve que le paiement a été effectué avec ses propres deniers.

Enfin, chaque fois que la femme est créancière en vertu de sa dot ou de valeurs qui lui sont échues au cours du mariage par successions, donations entre vifs ou testamentaires, elle pourra, pour exercer ses reprises, invoquer la garantie de son hypothèque légale. C'est qu'en effet, ces créances de la femme contre son mari ont leur source dans un enrichissement du mari, qui a touché des valeurs appartenant à la femme.

Quelle sera, en ce qui concerne ces dernières créances, la preuve que la femme devra fournir ?

En premier lieu, la femme devra prouver la consistance de la dot ou des valeurs à elle échues. Quant aux moyens de faire cette preuve, le Code de commerce est muet. La plupart des auteurs en ont conclu que cette preuve pouvait être faite par tous moyens. Mais la jurisprudence, conformément à son interprétation des articles 1499 et 1510 du Code civil, exige un acte authentique.

La femme devra ensuite établir que le mari a bien reçu ces valeurs. En droit civil, la femme pourrait faire cette preuve par tous les moyens. Même en droit commercial, elle le pourrait encore, si elle produisait à la faillite comme créancière chirographaire. Mais, lorsqu'elle invoque son hypothèque légale pour obtenir le recouvrement de ces diverses valeurs, la loi exige qu'elle apporte une quittance du mari, ayant reçu date certaine antérieure au prononcé de la faillite.

Comme on l'a vu au cours de ce chapitre, la loi a cru devoir imposer à la femme, en cas de faillite du mari, des restrictions assez importantes de son hypothèque légale. Elle a ainsi permis aux créanciers de déjouer les fraudes dont ils auraient pu être victimes sous l'empire du droit commun.

CONCLUSION

Ainsi que nous le faisons remarquer au début de cette étude, il était impossible que l'hypothèque légale de l'incapable, qui se distingue tout à fait des hypothèques ordinaires en ce qu'elle est générale et occulte, ne fût pas soumise à des règles particulières au point de vue de son extinction. Ce sont ces règles particulières que nous avons essayé d'exposer, et sur lesquelles il nous faut maintenant revenir pour porter une appréciation d'ensemble et formuler une conclusion.

D'une manière générale, les règles d'extinction spéciales aux hypothèques légales dispensées d'inscription sont, dans leur application, une cause de gêne sérieuse pour les transactions.

N'est-ce pas en effet tout d'abord une source de difficultés et de frais, pour le petit propriétaire qui veut vendre son immeuble, que la nécessité de recourir à un acte authentique pour que la renonciation par la femme à son hypo-

thèque légale soit valable et donne pleine sécurité à l'acquéreur. Ainsi, l'immeuble est de faible valeur. Déjà, les droits de mutation considérables vont écarter les acheteurs, et finalement diminuer le prix. Il faut encore que l'on ait recours à un notaire, et que l'acheteur ait à payer en sus les frais de l'acte authentique. En fin de compte, le vendeur est loin de toucher la valeur réelle de son immeuble, alors qu'il faudrait encourager les petites ventes et favoriser les petits propriétaires.

Si nous passons aux règles relatives à l'extinction des hypothèques légales dispensées d'inscription par la transcription du jugement d'adjudication, nous trouvons encore de nouveaux inconvénients à signaler, en ce qui concerne les frais que l'adjudicataire sera obligé de faire pour se mettre d'une manière certaine à l'abri des hypothèques légales dispensées d'inscription. Sans doute, en beaucoup de cas et, d'une manière plus précise, chaque fois que l'incapable aura été lié à la procédure, l'hypothèque légale sera purgée par la transcription du jugement d'adjudication, en même temps que les hypothèques des divers autres créanciers qui auront été appelés à la procédure. Dans tous ces cas, il n'y a plus de difficulté possible. L'incapable suit le sort des autres créanciers. Comme il a été appelé à

la procédure, il aura dû s'inscrire. Lors de la distribution des deniers, il sera convoqué en même temps que les créanciers inscrits. Mais, quand l'incapable n'aura pas été lié à la procédure, la procédure ne sera plus aussi simple, et l'adjudicataire aura certains frais à faire pour se mettre à l'abri des hypothèques légales. Il se peut tout d'abord que l'hypothèque n'ait pas été purgée : c'est ainsi que les adjudications de biens appartenant soit à une succession indivise, bénéficiaire ou vacante, soit à des mineurs ou à des interdits, soit à une femme dotale, n'ont pas pour effet de purger les hypothèques grevant l'immeuble. Dans ce cas, l'acquéreur devra procéder à la purge. A première vue, les frais paraissent, dans ce cas, devoir être les mêmes pour les hypothèques occultes que pour les hypothèques ordinaires. Nous verrons tout à l'heure qu'il n'en est pas ainsi, deux purges étant nécessaires au lieu d'une seule. Il peut se faire, au contraire, que l'hypothèque ait été purgée, bien que la femme n'ait pas été appelée à suivre la procédure. Il en sera ainsi, par exemple, au cas d'adjudication après faillite, cette adjudication ayant pour effet de purger toutes les hypothèques. Mais il convient de remarquer qu'ici encore, de nouveaux frais seront nécessaires, à raison des hypothèques légales, que

l'on ne rencontre pas pour les hypothèques ordinaires. Les créanciers à hypothèque ordinaire ont dû s'inscrire. Il est facile de les convoquer à la distribution des deniers, Mais l'incapable ne s'est pas encore inscrit, parce qu'il est censé ignorer la procédure qui a eu lieu. Il faut donc que l'adjudicataire procède à la purge des hypothèques légales, afin que l'incapable soit mis en demeure de s'inscrire, et que l'adjudicataire puisse ainsi le mettre en demeure de prendre part à la répartition du prix. Ce sont de nouveaux frais résultant de l'extinction imparfaite de l'hypothèque légale par la transcription du jugement d'adjudication.

En matière de purge, la nécessité d'appliquer à l'hypothèque légale de l'incapable des règles particulières devient une nouvelle source de frais Cela fait que l'acquéreur est obligé d'opérer deux purges au lieu d'une seule. Il lui faudra procéder à la purge des hypothèques inscrites, et en outre, à la purge des hypothèques non inscrites. La seconde est même forcément d'un emploi plus fréquent que la première. Car on ne procède à la purge des hypothèques inscrites que dans le cas où des inscriptions révèlent l'existence d'hypothèques sur l'immeuble, au lieu que, souvent, l'acquéreur est contraint de procéder à la purge des hypothèques occultes, même quand il n'y en a pas.

Il peut, en effet, toujours craindre qu'il y en ait. Il y a là des causes de frais qui, en se répétant, finissent par représenter des sommes considérables.

Le mode d'extinction de l'hypothèque légale, qui consiste dans la réduction de cette hypothèque au cours du mariage ou de la tutelle, n'est pas lui-même sans inconvénient. Il est lourd, compliqué, d'un emploi difficile à raison des formalités dont il est entouré. Il faudra l'avis de parents, une demande contre le procureur de la République et le subrogé tuteur et un jugement. Le plus souvent, les parties reculent devant l'emploi d'une pareille procédure.

Enfin, la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée en cas de faillite est elle-même sujette à critique. On écarte la femme, et on protège les créanciers par crainte de fraude. Le but est excellent; mais ne peut-il arriver que ce but soit dépassé ? N'y aura-t-il pas certains cas où l'on aboutira à priver la femme de l'hypothèque garantissant des créances sincères et légitimes ? Est-il vrai toujours que certains immeubles du mari que la loi dégrève, aient été acquis avec l'argent des créanciers ? Ce sont des questions auxquelles il ne serait peut-être pas toujours possible de répondre affirmativement. Et alors, il est permis de conclure que le système

légal peut aboutir à dépouiller la femme de garantie, sans autre motif que des soupçons tout à fait injustifiés.

Ces quelques observations sur les règles d'extinction spéciales aux hypothèques dispensées d'inscription nous conduisent logiquement à cette conclusion qu'il serait tout à fait désirable que ces hypothèques devinssent spéciales et cessassent d'être occultes. En effet, tous les inconvénients que nous venons de signaler disparaîtraient alors d'eux-mêmes. La femme pourrait renoncer à son hypothèque légale comme à une hypothèque ordinaire. Toute hypothèque de l'incapable serait purgée par la transcription du jugement d'adjudication, dans les cas où l'hypothèque ordinaire l'est elle-même et d'une manière aussi absolue. Il n'y aurait plus, pour l'hypothèque légale de l'incapable, de purge spéciale doublant les frais. La réduction deviendrait inutile. Les créanciers n'ayant plus de fraude à craindre en cas de faillite, la restriction de l'hypothèque légale serait supprimée. Il y aurait ainsi, dans l'assimilation de l'hypothèque légale à l'hypothèque ordinaire, un progrès très sensible.

Ce progrès est-il possible ? Peut-on spécialiser l'hypothèque légale de l'incapable et supprimer la dispense d'inscription. C'est là une grave question bien difficile à résoudre. On parle d'éva-

luation des créances actuelles et éventuelles de la femme, du mineur ou de l'interdit lors de la rédaction du contrat de mariage ou de la nomination du tuteur. Cette évaluation peut-elle être faite ? Ne sera-t-elle pas toujours quelque peu arbitraire ? La publicité serait peut-être plus facile à obtenir. Mais cette publicité, qui aurait des avantages, tout au moins par la suppression de la purge légale, rendrait-elle à tous les autres points de vue beaucoup de services, s'il est impossible d'indiquer dans l'inscription le chiffre exact des créances présentes et à venir. Cela est tout à fait douteux. Comme on le voit, le problème paraît difficile à résoudre. Il serait cependant à souhaiter, à beaucoup de points de vue, qu'une solution pût lui être trouvée.

Vu :
Le Professeur Président de la Thèse,
L. DEBRAY.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Université de Caen
R. MONIEZ.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION. 1

PREMIÈRE PARTIE

Des règles spéciales se rencontrant dans l'application aux hypothèques dispensées d'inscription des causes d'extinction de droit commun.

CHAPITRE Ier. — De la renonciation de la femme mariée a son hypothèque légale. 21

CHAPITRE II. — De l'extinction des hypothèques dispensées d'inscription par la transcription du jugement d'adjudication. 64

CHAPITRE III. — De la purge des hypothèques dispensées d'inscription. 82

DEUXIÈME PARTIE

Des causes d'extinction spéciales aux hypothèques dispensées d'inscription. 107

CHAPITRE Ier. — De la réduction des hypothèques dispensées d'inscription. 110

CHAPITRE II. — De la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée en cas de faillite. . . 143

CONCLUSION. 159

2811G — CAEN — IMPRIMERIE CH. VALIN, 13, RUE ÉCUYÈRE